

الْبَنَاءِيَّةُ فِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ

لأبي محمد محمود بن أحمد الغيني

المولوي محمد عمر الشهير بناصر الأسلام الزامفوري

تنبيه: متن الهداية في رأس الصفحة بحرف كبير وشرح البنائة للغيني تحته ثم تعليقات
المولوي محمد عمر مفصلاً بينها بخط.

الجزء السابع

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع

قام بإخراج هذه الطبعة وتصحيحها

دار الفكر بيروت

وجميع الحقوق محفوظة لها

الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م

الطبعة الثانية : منقحة وبها زيادات

١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م

المساهمون في إخراج هذا الكتاب
مكتب التوثيق والدراسات في دار الفكر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيوع

(كتاب البيوع)

أى هذا كتاب في بيان احكام البيوع وهو جمع بيع ، وانما ذكره ^(١) بالجمع لان تحته أنواع على ما يأتي . وهو في اللغة عبارة عن تقليك المال بالمال وكذا في الشرع ، لكن زيد فيه ^(٢) قيد التراضي ، فقيل هو عبارة في الشرع عن مبادلة المال بالمال على وجه التراضي . وفي النهاية ^(٣)

(١) قوله : وإنما ذكره ... الخ ، أقول هذا جواب سؤال مقدر ، وهو أن الأصل في المصدر أن لا يثنى ولا يجمع ، لكونه اسم جنس يشمل جميع أنواعها وأفرادها ، فلا حاجة إلى لفظ الجمع . وتقرير الجواب أن الجمع المعروف باللام يدل على جميع أفراده ويستغرق جميع موارد تحققه ، بخلاف المفرد فإنه كلي والكلي لا يدل على جميع جزئياته ، بل شأنه ان يتحقق بتحقيق الفرد ، وينتفى بانتفاء المفرد ، فاختر المصنف رحمه الله لفظ الجمع إشعاراً على استغراق الأفراد ، واستيفاء لجميع الأنواع ، ولوبنوع من المقايسة والتمثيل ، وإنما قلنا ولو بنوع من المقايسة والتمثيل لأن الجزئيات كلها لا تدخل تحت حصر الحاصر بالتصريح .

(٢) قوله : لكن زيد فيه قيد التراضي . أقول فإن وجدت المبادلة بلا تراض لا يكون بيعاً شرعياً ، لقوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ ٢٩ النساء فلا انتقاض بالبيع المكره فإنه وان كان صحيح الانعقاد ، لكنه ليس بشرعي في الأصل والحقيقة .

(٣) قوله : وفي النهاية أقول يقال على الإخراج وعن الملك والإدخال فيه ، قال النبي عليه الصلاة والسلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه ، أي لا يشتري على شراء أخيه ، لأن المنهي عنه هو الشراء لا البيع ، ويقع غالباً على إخراج الثمن عن الملك قصداً .

هو من الاضداد ويقال باع الشيء اذا شراه او اشتراه ، ويتمدى الى المفعول الثاني بنفسه وبحرف الجر ، يقال باعه الشيء وباعه منه ، انتهى . ثم يحتاج الى معرفة جوازه وسببه وركنه وشرطه وحكمه وأنواعه .

فدليل جوازه الكتاب وهو قوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ ٢٧٥ البقرة والسنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يشوبه اللغو والكذب فشوبوه^(١) بالصدقة ، رواه أبو داود^(٢) من رواية قيس بن أبي غرزة^(٣) . وفي رواية الترمذي عنه خرج علينا رسول الله ﷺ ونحن نسعى السامرة^(٤) فقال يا معشر التجار إن الشيطان والإثم يحضران البيع ، فشوبوا بيعكم بالصدقة . وقال حديث حسن صحيح .

(١) قوله فشوبوه بالصدقة ، أقول في جمع البعارة أمر بها لما يعجرى بينهم من الكذب والربا والزيادة في النقصان في القول تكون كفارة بهم « ج » أراد بها صدقة غير معينة تضاعيف الأيام أقول أصل الشوب الخلط ، لكن المراد ملازمة الكفارة بسببها الموجب لها .

(٢) قوله : رواه أبو داود ، أقول وعبارته هكذا حدثنا مسدد نا أبو معاوية عن الأعمش عن أبي وائل عن قيس بن أبي غرزة قال : كنا في عهد رسول الله ﷺ نسعى السامرة فمر النبي ﷺ : فسامنا باسم هو أحسن منه ، فقلنا يا معشر التجار إن البيع يحضره اللغو والحلف ، فشوبوه بالصدقة ، حدثنا الحسين بن عيسى البسطامي وحامد بن يحيى وعبد الله بن محمد الزهري قالوا أنا سفيان عن جامع بن أبي رشد وعبد الملك بن أعين وعاصم عن أبي وائل عن قيس بن أبي غرزة بمعناه قال يحضره الكذب والحلف ، وقال عبد الله الزهري اللغو والكذب .

(٣) قوله ابن أبي غرزة بغين معجمة وراء مهملة وزاء معجمة مفتوحات من تقريب التهذيب .

(٤) قوله : ونحن نسعى السامرة ، أقول السمار بالكسر المتوسط بين البائع والمشتري .

وإجماع الأمة ، فإنه منعقد على جواز البيع ، وقد بعث رسول الله ﷺ والناس يتبايعون فقررم على ذلك .

وأما سببه فتعلق البقاء المقدور بتعاطيه .

وأما ركنه فالإيجاب والقبول على ما يأتي .

وأما شرطه فأنواع : منها في العاقد ، وهو أن يكون عاقلًا مميزًا . ومنها في الآلة وهو أن يكون بلفظ الماضي ومنها في البيع ، وهو أن يكون مالا متقوماً ، وإن يكون مقدر التسليم . ومنها التراضي^(١) . ومنها شرط النفاذ . وهو الملك أو الولاية .

وأما حكمه فملك البائع الثمن والمشتري المبيع .

وأما أنواعه بيع المقايضة^(٢) ، وهو بيع العين بالعين ، وبيع العين^(٣) بالدين ، وبيع الدين بالدين ، وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق كبيع الدرهم والدنانير بالدراهم والدنانير ، وهو بيع الصرف وبيع الدين بالعين ، وهو السلم فإن السلم فيه مبيع ، وهو دين . وبيع المراجعة ، وبيع التولية ، وبيع الوضعية^(٤) ، وبيع الاستصناع^(٥) والبيع بالخيار .

(١) قوله : ومنها التراضي . أقول ينتقض ببيع المكره ، فإنه بيع منعقد لهم ، إلا أن يحجب الكلام في البيع الذي لا يشوبه اللغو والفساد والبطلان ، فتأمل فيه .

(٢) قوله : بيع المقايضة : أقول وإنما سمي بالمقايضة ، فإن المقايضة في اللغة معارضة المتاع بمثله في الصراح ، مقايضه معارضه .

(٣) قوله : وبيع العين بالدين . أقول ويسمى بيعاً ، لكونه أكثر أنواع البيع وأشهرها ، ولهذا لم يذكر اسمه سواء ، لأنه ليس له اسم سوى البيع ، بخلاف قيمته .

(٤) قوله : وبيع الوضعية ، وهي ضد المراجعة . أي بيع بالنقصان عن الثمن الأول ، وإنما سمي وضعية حيث يضع من رأس المال شيئاً فيه .

(٥) قوله : وبيع الإستضاع ، وهو بيع ما يصنعه الرجل صنيعاً . وقال صاحب النهاية في بيان أنواع البيع ، أما أنواعه فثمانية ، أربعة في جانب المبيع ، وأربعة في جانب الثمن ، فأما التي في جانب المبيع أحدها بيع العين بالعين ، كبيع السلم بمثلها ، ←

فإن قلت، ما المناسبة بين كتاب للبيع وبين كتاب الوقف حتى ذكره عقيب الوقف .

→ نحو بيع الثوب بعبد، وهو بيع المقايضة. والثاني بيع العين بالدين نحو بيع العين بالأثمان المطلقة وهو المطلق في البيع عن القيد، والثالث بيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق، كبيع الدراهم والدنانير، وهو بيع الصرف. والرابع بيع الدين بالعين وهو السلم المسلم فيه مبيع وهو دين.

وأما الأربعة في جانب الثمن أحدها مساومة وهي التي لا تنتسب إلى الثمن السابق، والثاني بيع المراجعة، والثالث بيع التولية، والرابع بيع الوضعية، وهي ضد المراجعة، حيث يضع من رأس المال شيئاً كذا في التحفة وغيرها. أو يقول أن أنواع البيع ترتقي إلى عشرين نوعاً أو أكثر من ذلك، لأن البيع في أصله نوعان، حلال واسمه البيع، وحرام واسمه الربا. والحلال نوعان لازم وغير لازم، والحرام كذلك نوعان ما يعود جائزاً برفع المفسد وما لا يعود جائزاً بحلال، فذلك أربعة أنواع. والحلال الذي هو غير لازم ما كان فيه خيار الفسخ للعاقد.

والخيارات أربعة خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار لسبب الاستحقاق، ثم أنواع البيع أربعة من جهة المبيع، المطلق وهو بيع العين بعين أو بدين، وبيع السلم وهو بيع ما في الذمة، وبيع ما يصنعه صنيعاً ويسمى بيع الإستضاع، أو بيع المنافع، وهو الإجارة ومن جهة الثمن أربعة، بيع معين بالثمن، وهو المطلق. وبيع الثمن بالثمن، وهو الصرف، وبيع العين بمكيل أو موزون أو غير متقارب في القيمة وبيع العين بشباب موصوفة في القيمة، وهو من جهة الثمن ينقسم إلى أربعة، مساومة وهو بيع بالثمن الذي يتفقان عليه وبيع المراجعة وبيع قولية وبيع وضعية، وهو بيع بالنقصان عن الثمن الأول.

وأما الفاسد فيفسد يجهات أربع إما بمعنى الجهل مع قيام أصل وإما بعدم المال من البذل هكذا في الأسرار، انتهى. وإنما لم يذكر الشارح بعض التقسيمات لتداخل البعض ←

قلت المناسبة من حيث أن في كل منها معنى إزاله الملك ، ففي الوقف يزول الملك عن

→ في بعض . قال المصنف البيع الخ وإنما لم يذكره بطور التعريف والحد لأن ما ذكره جامع بين بيان الحد وحكمه المترتب عليه ، وهو أولى من ذكر أحدهما ، ولعله ترك تعريفه وهو مبادلة المال بالمال بطريق التجارة لشهرته ، وبين حكمه المترتب عليه ، وإلى هذا المعنى مال بعض الشارحين . وقال فالبيع عبارة عن أثر شرعي يظهر في المحل عند الإيجاب والقبول حتى يكون العاقد قادراً على التصرف ، وإليه أشار بقوله ينعقد حيث لم يقل البيع هذان اللفظان ، فما قال العلامة جلي وفيه بحث ، لأن المتبادر منه كون الإيجاب والقبول خارجين من البيع ، مع أنها من أركانه قطعاً لا يخلو عن ركاكته بوجوه .

أما أولاً : فلأن البيع ليس بعبارة عن لفظي بيعت واشتريت أو عن معنهما ، بل هو عبارة عن تمليك المال بالمال أو مبادلة المال بالمال على طريق التجارة كما قال الشارح للعلامة ، وهو في اللغة عبارة عن تمليك المال ، وكذا في الشرع . وكيف لا فلان تعريف المصدر لا يكون إلا بالمعنى المصدر لما ثبت في موضعه أن المصدر لا يحمل عليه إلا مرادفه أو مطلقه الذي هذا المصدر حصه له . نعم هذا المعنى المصدري الانتزاعي لا يتحقق إلا بعد تحقق التكلم من العاقلين بهذين اللفظين ، فهذان اللفظان منشأ انتزاعه وموجب تقررده ، فلا بأس بأن يقال أن هذين اللفظين أركان البيع ، لان الانتزاعيات تقررها في الخارج عين تقرر مناشئها ، كما يقال أن لا الانتزاعيات حقائقها مناشئها ، لكن حقيقة الأمر ليس كذلك ، وهذا نوع من ضرب التأويل والتشبيه ولا برهان على النقل من المعنى اللغوي إلى ما ذكره ، بل الأصل توافق الشرع من اللغة في تعيين المراد ، وتسهيل الخطاب ، والتخاطب على حسب اصطلاح الشرع مقصور في موارده .

وأما ثانياً : فلأن مراد بعض الشراح من قولهم البيع عبارة عن أثر شرعي يظهر عند الإيجاب والقبول ليس الحكم المترتب المتأخر عليه ، وهو القدرة على التصرف في المحل شرعاً ، وكيف فلان قولهم حتى يكون العاقد قادراً على التصرف يأبى عنه وألا يلزم اتحاد الغاية والغيباء بل المراد تمليك المال بالمال هو عين حقيقة ، والتعبير بالأثر باعتبار الانتزاع . وأما ثالثاً : فلأنه قال إن لفظة البيع كما يطلق على ذلك المعنى الشرع يطلق على نفس ←

قال البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كان بلفظ الماضي مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشتريت

الواقف بعد حكم الحاكم ^(١) ، من غير أن يدخل في ملك الموقوف عليه ، وفي البيع يزول الملك عن البائع ، ويدخل في ملك المشتري ، فكان الوقف كالمفرد والبيع كالركب والمفرد سابق على المركب ، فلذلك أخر ذكر البيع عنه .

(قال) القدرري في مختصره (البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظ الماضي) هذا لفظ القدوري . وقال المصنف (مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر يقول اشتريت) والمراد من ^(٢) الانعقاد انضمام كلام أحد المتعاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره في المحل

→ الإيجاب والقبول المرتبطين ارتباطاً شرعياً ، فلا يخلو إما أن يكون المراد بالارتباط ارتباط بين اللفظين ، وارتباط بين معانيهما . والأول خلاف الأصل لاحتياج إلى الارتكاب إليه ، وعلى الثاني يلزمه تسليم ما قال بعض الشراح .

وأما رابعاً : فلان التعريف كما يكون بالذاتيات يكون بالخوارج أيضاً ، وكيف أن الرسم لا يكون إلا بالآثار فلا احتياج إلى تقدير حذف المضاف ، ويقال حكم البيع ينعقد من الإيجاب والقبول .

(١) قوله : بعد حكم الحاكم . أقول أي بعد حكم الحاكم بزوال الملك الذي هو ملزوم اللزوم ، والمراد بالحاكم الذي ولاه السلطان عمل القضاء ، لا الذي فوه إليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ، وهو الحكم . لأن في نفوذ حكمه فيه اختلاف المشايخ ، كذا في البيانية . صورة الحكم أن يسلم الواقف الموقوف إلى المتولى ، ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعد اللزوم ، فيختصمان إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه ، كذا في العناية وقاضي خان .

(٢) قوله : والمراد من الانعقاد قوله : فإن قلت إن كان المراد بالانعقاد الانضمام المذكور ، فيصح أن يقال أن البيع ينضم بالإيجاب والقبول ، لأن اتحاد المشتقات عنها يستلزم لاتحاد المشتقات على المختار ، مع أن عدم صحته أجلى من أن يخفى . قلنا ليس مراد ←

شرعاً والإيجاب عبارة عما صدر عن أحد المعاقدين أولاً سمي به ، لان الإيجاب نقيض السلب ، وهو الإثبات . والمتكلم منهما أولاً بقوله بعث واشتريت يريد اثبات العقد بشرط أن ينضم إليه قبول الآخر ، وسمي به لان قوله بعث أو اشتريت فعل ، والفعل صرف الممكن من الإمكان إلى الوجوب ، وكان قوله بعث أو اشتريت إيجاباً لانه قبل التلفظ به كان في حيز الإمكان ، فصار بعد التلفظ ^(١) واجب الوجود لغيره ، ثم سمي كلام الآخر قبولاً لما أوجبه الآخر ، وإن كان هو أيضاً إيجاباً في الحقيقة حتى يتنازع السابق من كلام المعاقدين من اللاحق .

→ الشارح اللبيب التفسير اللفظي حتى يرد ما قلنا بل تعيين المراد من حيث المفاد، وهو بيان الارتباط الشرعي ، وبقي الارتباط الحسي الحقيقي . وديف فان انضمام كلام أحد المتعاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره في الحل شرعاً معنى مركب ، والإنعقاد له معنى مفرد ولا ترادف بين المفرد والمركب .

(١) قوله : فصار بعد التلفظ به واجب الوجود . قلنا لان الممكن ما لم يجب لم يوجد ، لأن إيجابه مستنداً إلى العلة ومرتبة العلة مرتبة متقدمة على المعلول ، فايحابه أي ترجيح وجوده على العدم متقدم على وجوده ، وإلا يلزم تحقق الممكن قبل ترجيح مرجعه وهو محال لاستلزام انقلاب الإمكان الذاتي إلى الوجوب الذاتي .

فان قبل كيف يصح معنى قوله فصار بعد التلفظ واجب الوجود ، لأنه يدل على أن وجوبه بعد وجوده . قلنا هذه الدلالة صحيحة لأن الوجوب بعد الإيجاب والشيء لا يتحقق إلا بعد تحقق جميع أجزائه ، لأن الأجزاء من متمات العلة التامة فقبل تحقق أركان البيع لم يجب وجوده ، فقبل وجود التلفظ بحروف اللفظ لم يجب وجود اللفظ .

فان قيل إن الالفاظ قبل التلفظ وبعد التلفظ معدومة فكيف يجب وجوده بعده . قلنا الأفراق الزماني لا ينافي القبليّة والبعدية الذاتيتين على أن العقود الشرعية في حكم الجواهر .

ولأن البيع إنشاء تصرف والإنشاء يعرف بالشرع والموضوع للأخبار قد استعمل فيه فينعتقد البيع به

(ولأن البيع إنشاء ^(١) تصرف) الإنشاء إثبات أمر لم يكن ، ويراد به الإيجاد للحال ومعنى قوله إنشاء تصرف ان هذا التصرف إنشاء ، لأن المبادلة ما كانت ثابتة وقد ثبتت بعد صدور اللفظين ، فيكون إنشاء (والإنشاء يعرف بالشرع) لا من حيث ^(٢) الحقيقة كالأكل وغيره ، فانه إنشاء حقيقة . فاذا احتاج المكلف إليه لا بد من استعمال لفظ يدل عليه ، والشرع قد استعمل لموضوع للأخبار لغة في الإنشاء والواضع ما وضع للإنشاء لفظاً خاصاً ، فيجوز بالشرع استعمال اللفظ الذي وضع للأخبار عن الماضي للإنشاء دفعاً لحاجته ، وهو معنى قوله :

(والموضوع للأخبار) وهو لفظ بعث ^(٣) واشترت (قد استعمل فيه) أي في الإنشاء ، فاذا كان كذلك (فينعتقد البيع به) أي بهذا اللفظ الموضوع للأخبار الذي استعمل فيه ، (أي في الإنشاء ، وإنما خص بهذه اللفظة . لمناسبة بين الإنشاء والأخبار ، لأن الإنشاء تحقيق الشيء ، والأخبار يستدعي ^(٤) تحقيق الخبر به سابقاً ، ليصح الكلام حكمة

(١) قوله : ومعنى قوله إنشاء تصرف ، أقول هذا إشعار على ان إضافة الإنشاء إلى

التصرف إضافة بيانية

(٢) قوله : لا من حيث الحقيقة إشارة إلى أن المراد بالإنشاء في الحد الأوسط إنشاء حكمي الشرع لا الحقيقي الحس ، فلا نقض على كلية الكبرى ، فالحد الأوسط إنشاء تصرف شرعي والصغرى في البيع إنشاء تصرف شرعي والكبرى ، وكل ما هو كذلك فهو يصرف بالشرع فالنتيجة البيع يعرف بالشرع .

(٣) قوله : وهو لفظ بعث إشارة إلى أن اللام في الموضوع للأخبار للعهد ، فلا يردبأنه لا بد من ضم شيء إلى ذلك ، وهو أن يقال وكان استعماله بلفظ الماضي .

(٤) قوله : والأخبار يستدعي . أقول حقيقة كما في الصوائد أو ادعائه كما في الكواذب فان قلت إن الأخبار بمثل سيقوم وسوف يضرب إخبار صحيح ، مع أن المحكي ←

ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح

وعقلاً ، فصار الوجود حقاً له بمقتضى الحكمة . فإذا وجد الإنشاء والإيجاد يختار اللفظ الذي يلزمه الوجود أعني لفظ الاخبار عن الماضي ، وهو أن يقول أحدهما بعت والآخر يقول اشتريت ، أما إذا قال أبيع منك أو قال المشتري يعني لم ينعقد البيع لأن الأول عدة ^(١) ما وعد واليه أشار المصنف بقوله .

(ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل) أي أحد اللفظين لفظ المستقبل ، مثل أبيع منك ، أو لفظ يعني كما ذكرنا . وقيل هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقلاً بدون نية الإيجاب في الحال . وأما إذا كان المراد ذلك فينعقد البيع ، كذا ذكره الطحاوي ، لأن قوله أبيع منك أو يعني وضع للحال ^(٢) في وقوعه للاستقبال ضرب تجوز ، كذا أورده السيرافي في شرح الكتاب .

(بخلاف النكاح) يعني أنه ينعقد بذلك فإن أحدهما إذا قال زوجني فقال الآخر

→ عنه في مثل هذه الأخبار ليس بمتحقق سابقاً ، وإلا ينقلب إخبار الاستقبال إلى الماضي . قلنا ان الاخبار عن زمان الاستقبال لا يصح إلا بعد إقامته مقام الماضي في كونه قطعي الوقوع ، وإلا فالاستقبال محتمل الوجود والعدم فيه ، فكيف يصح الخبر بوجود الشيء فيه .

(١) قوله : عدة ما وعد ... الخ أقول أي يكون عدة البيع من جانب البيع في مثل قوله أبيع ، وأما قول المشتري يعني يكون مساومة وطلباً ، والطلب أمر ، والإيجاب أمر آخر ، لأن طلب الإيجاب ليس بإيجاب . وإنما لم يذكر الشارح اللبيب برهان عدم الانعقاد على قول المشتري وهو يعني بظهوره .

(٢) قوله : وضع للحال أقول أي عند الفقهاء ، فان قيل النية إنما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الأصلية ، فيصح الانعقاد بدون النية أيضاً . قلنا كونه حقيقة في الحال مختصة بغير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو لفظ الماضي ، والمضارع فيها مجاز يحتاج إلى نية .

وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا
أو خذه بكذا في معنى قوله بعث واشترت لأنه يؤدي في معناه
والمعنى هو المعتبر في هذه العقود

زوجتك فقد انعقد (وقد مر الفرق هناك) أي من الفرق بين البيع والنكاح في كتاب
النكاح . وأشار به إلى ما قال ثمة بقوله لأن هذا توكيل بالنكاح ، والواحد يتولى
طرفي (١) النكاح .

(وقوله) أي قول المشتري (أخذت) في قول البائع بعث (أو أعطيتك بكذا)
أي قول البائع أيضاً في جواب قول المشتري اشترت خذه بكذا من الدراهم (في معنى
بعث واشترت) فيقول في معنى بعث يرجع إلى قول المشتري أخذت ، وقوله اشترت
يرجع إلى قول المشتري في جواب قوله للبائع أعطيتك بكذا ، أو أخذت بكذا وكذا لو
قال المشتري قبلت أو رضيت أو أجزت ، وما أشبه ذلك . ولا فرق بين أن يكون
البادي البائع أو المشتري . والحاصل أن انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعث واشترت ،
بل كل ما دل على ذلك ينعقد به (لأنه يؤدي معناه) أي لأن قوله رضيت إلى آخره
يؤدي معنى قوله بعث واشترت ، فإن معنى الإعطاء والأخذ يتضمن معنى البيع ، لأن
الأمر بالأخذ بالبدل يستدعي سبق البيع (والمعنى هو المعتبر في هذه العقود) أي في هذه
العقود الشرعية .

(١) قوله : والواحد يتولى ... الخ . أقول فإن قيل النكاح نسبة ، والنسبة لا تقع إلا
بين الطرفين المتنازعين فتحققها قبل تحقق منشأ انتزاعه ، وهو صدور الإيجاب والقبول
من الجانبين تحقق الانتزاعات بلا مناشئها أو تحقق النسبة بلا طرفيها . قلنا الوكيل في
النكاح سفير ومعتبر والتأني في الحقوق دون التعبير ، ولا يرجع الحقوق إليه ، فقول الوكيل
قول من لسان موكله وهو الزوج والزوجة ، بخلاف البيع ، فإن الوكيل فيه مباشر .
ونعم ما قال صاحب الكفاية والفرق أن النكاح لا يخلو عن تقدم الخطبة والخطبة وهما
يدلان على أن المراد الحال . أما البيع فيقع بفتة فيجعل قوله أبيعك عدة لا بيعاً ، ويعني
استيماً وطلباً وذا ، لا يدل على الوجود لا محالة .

ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقيق المروضة

واحترز به عن الطلاق والعتاق . فان اللفظ فيها يقام مقام المعنى ، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة . وفي الإيضاح هذا أصل لنا في جميع العقود ، إلا ما روي عن أبي حنيفة أن المفاوضة لا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة ، لأن هذا العقد يشتمل على معان وشروط ، والعاقدين لم يمكنهم استيفاء ذلك حتى لو استوفى بلفظ آخر جاز .

(ولهذا) أي ولأجل أن المعنى هو المعتبر في العقود (ينعقد) أي البيع (بالتعاطي) وهو أن البائع يعطي المبيع ، ولا يتلفظ بشيء ، والمشتري يعطي الثمن كذلك (في النفيس ^(١) والخسيس) قال الاترازي النفيس هو الذي يكثر ثمنه كاللعب ونحوه ، والخسيس ما يقل ثمنه كالبلقل والرمان والخبز واللحم ونحو ذلك . وقال الكاكي الخسيس ما يكون قيمته دون نصاب السرقة ، والنفيس ما يكون قيمته مثله أو فوقه (هو الصحيح) احترز به عن ما روي عن الكرخي أن البيع بالتعاطي إنما ينعقد بالأشياء الخسيسة دون النفيسة . وعامة المشايخ لم يفرقوا بينها والمشهور من مذهب الشافعي رضي الله عنه أن البيع لا ينعقد بالتعاطي . وقال مالك ينعقد البيع بكل ما يعده الناس بيعاً ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه (لتحقيق المروضة) يعني من الجانبين .

وفي الإيضاح انعقاد البيع يكون بالألفاظ والتعاطي ، فالألفاظ كل لفظين ينبئان عن معنى التملك بصيغة الماضي أو الحال ، دون الأمر والمستقبل ، وفي جميع النوازل قال اتبيعي عبدك بألف باستفهام ، فقال نعم فقال أخذته ، فهو بيع لازم . وفي شرح الاسييجاني لو قال أبيع منك هذا ، أو أعطيتك ، فقال اشتريته بكذا ونوى الإيجاب للحال ، ينعقد البيع . وفي فتاوى قاضيخان اشتريت عنك بألف ، فقال فعلت أو نعم أو هات الثمن ، صح وإلا فلا . وكذا الإقالة . وفي المحيط سماع المتعاقدين الإيجاب والقبول

(١) قوله : في النفيس الى آخره . فان قلت أن الإيجاب والقبول ركنا البيع والشيء لا يتحقق بلا أركانه . قلنا أن لسان الحال أنطق من لسان المقال وأصدق منه ، فأقيمت الدلالة الحالية مقام الدلالة المقالية .

قال وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع ، فالآخر بالخيار إن شاء
قبل في المجلس ، وإن شاء رده ،

شرط للانعقاد ، ولو سمع أهل المجلس وقال البائع لم أسمع ولم يصدق به . ولو قال
كل هذا الطعام بدرهم لي عليك ، فأكل^(١) تم البيع ، وأكله حلال والأكل والركوب واللبس
بعد قول البائع بعت ، رضي بالبيع . ولو قال وهبت لك هذه الدار أو بعت العبد بثوبك
هذا قبيح بالإجماع . ولو قال إن أدبت ثمنه فقد بعته منك فأداه ثمنه في المجلس صح
استحساناً ولو قال هو لك بكذا إن وافقك ، أو قال إن أعجبك أو إن أردت ، فقال وافقني أو
أعجبني أو أردت جاز .

ولو قال بعته من فلان غائب فمعه الغائب في المجلس وقال اشتريت صح . ولو قال
رسوله قبلته فقال اشتريت صح ، والواحد لا يتولى طرفي العقد إلا الأب يشتري مال ولده
الصغير لنفسه ، أو الوصي مال اليتيم لنفسه ، أو القاضي بأمره أو العبد نفسه من مولاه
بأمره ، وفي أجناس الناطقي لو قال بكم تبيع قفيز حنطة ، فقال بدراهم ، فقال أعزله
فمضاه ، فهو بيع . وكذا لو قال مثله للقصاب فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع
من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع من دفع اللحم أجبره القاضي عليه . وعن محمد أن
بيع التعاطي كما يثبت بقبض البدلين يثبت بقبض أحدهما . وقال صدر القضاة وغيره
أن بيع التعاطي بيع وإن لم يوجد تسليم الثمن .

(قال) أي القدوري (وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ، إن شاء
قبل في المجلس وإن شاء رده) إلى هنا كلام القدوري ، ومعنى^(٢) أوجب أثبت وحقق

(١) قوله : فأكل فإن قلت أن جواز الأكل لا يكون إلا بعد تحقق البيع ، لأنه
تصرف من جانب المشتري فهو غاية البيع ، وحكم متأخر عنه أي أثر شرعي يترتب عليه
بعد وقوعه ، فكيف يجوز الأكل قبل صحة البيع . قلنا إن الاشتغال بالتصرف فرع
رضائه بالبيع فتقدمه عليه اقتضاء وهكذا حال الصور الباقية .

(٢) قوله : معنى أوجب أثبت . أقول وإلا فلا إيجاب على الغير كيف يصح .

وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد
من غير رضاه ، وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن
يرجع لخلوه عن إبطال حق الغير ،

بأن قال بعت ، أو قال اشتريت ، والمراد بالإيجاب ما يبدى من لفظه بعت أو اشتريت
أو ما يقوم مقامها . قال المصنف (وهذا خيار القبول) أي الخيار الذي ذكره القدوري
خيار القبول (لأنه) أي لأن أحد المتعاقدين (لو لم يثبت له الخيار ، يلزمه حكم العقد من
غير رضاه) فيكون مجبوراً ، فينتفى التراضي ، فما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً ، وهذا خلف
(وإذا لم يفد الحكم) أي إذا لم يفد لإيجاب أحدهما الحكم (بدون قبول الآخر ،
فللموجب) أي البائع أو المشتري (أن يرجع) قبل قبول الآخر (لخلوه عن إبطال حق الغير)
فإن قلت يثبت للمشتري حق التملك بقول البائع ، فيكون الرجوع إبطالاً . قلت
هذا الحق ثبت له من جهة البائع فيكون له إبطال ما أثبتته .

فإن قيل يشكل بما إذا عجل الزكاة إلى الساعي قبل الحول حيث لا يجوز له حق الاسترداد
لتعلق حق التملك للفقير . أجيب بأن الأصل^(١) موجود وهو النصاب ، والوصف ثابت وهو
النماء ، فلا يرجع لأجل ثواب الأصل . ولا كذلك ها هنا ، لأن الأصل ما وجد بل وجد
شطره فلا يكون البيع موجوداً .

(١) قوله : وأجيب بأن الأصل أقول لأن النصاب علته إسمياً ومعنى لا حكماً ، لأنه
يتراخى الحكم عنه إلى حولان الحول الذي هو أقيم مقام النماء ، فانهاء وصف ثابت ، أي
عارض له فلا يصلح أن يكون علة مستقلة أو شطراً لها . بل هو وصف شبيه بالعلة . فإذا
وجد الأصل وهو النصاب ، ولم يوجد الوصف لا يرجع المزكي لأن الوصف تابع للأصل دون
العكس . وفيه وجه وجيه آخر ذكر بعض المحشين خلاصته أن الملك الذي هو أثر متأخر
عن البيع لم يتحقق إلا بعد رضاه المشتري ، فقبل رضائه كان الملك حقيقة للبائع . بخلاف
مسئلة الزكاة ، فإن حقيقة الملك فيها زالت عن المزكي ، فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو
قوى عنه .

وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت
ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً للبسر والكتاب كالخطاب

(فانما يمتد إلى آخر المجلس) هذا يجوز أن يكون جواباً عما يقال ، ما وجه اختصاص
خيار الرد والقبول بالمجلس ، ولم يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول ، أو يتوقف على ما
وراء المجلس . تقرير الجواب أن امتداده إلى آخر المجلس (لأن المجلس جامع المتفرقات)
كما في الصرف والسلم وخيار الخيرة وقراءة آية السجدة (فاعتبرت ساعاته) أي ساعات
المجلس (ساعة واحدة) كما في الأشياء المذكورة . وإنما فعل كذلك هنا أيضاً (دفعاً
للعسر) أي لأجل دفع العسر عن البائع والمشتري جميعاً . أما عن المشتري فلأن في إبطاله
قبل انقضاء المجلس عسراً له ، وأما عن البائع فلأن في إبقائه فيما وراء المجلس عسراً له في التوقف
وفي التوقف على المجلس يسر لهما جميعاً . وأشار إليه بقوله (وتحقيقاً للبسر) أي ولأجل
تحقيق البسر في حقها .

فان قيل فلم لم يكن الخلع والعق على مال كذلك . قلنا فانها اشتملا على اليمين من
جانب الزوج والمولى ، فكان ذلك مانعاً عن الرجوع في المجلس فيتوقف الايجاب فيهما
على ما وراء المجلس .

(والكتاب كالخطاب) إذ الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر ، فان النبي^(ص)
كان يبلغ ثارة بالكتاب ، وثارة بالخطاب . فلو لم يكن الكتاب كالخطاب لم يكن
النبي^(ص) مبلغاً به قاله تاج الشريعة . وصورة الكتابة أن يكتب إلى رجل أما بعد فقد
بعت عبدي فلانا منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب قرأ وفهم ما فيه وقبل في المجلس صح

(١) قوله : فان النبي ... الخ . أقول لان التبليغ فرع بيان المبلغ بالكسر عن المبلغ
إليه بالفتح للحكم الذي هو مأمور بتبليغه إليه ، وبيانه عنه فلو لم يكن التحرير والكتاب
في حكم التقرير والخطاب لم يكن النبي المستطاب مبلغاً لأحكام رب الأرباب تبليفاً عاماً ،
وتنذيراً تاماً ، مع انه عليه الصلاة والسلام كان مأموراً بالتبليغ ، قال الله تعالى ﴿ يا أيها
الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك ﴾ ٦٧ المائدة و ﴿ يا أيها المدثر قم فأنذر ﴾ ١-٢ المدثر .

وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة .

البيع (وكذا الإرسال) أي وكذا الإرسال كالخطاب . صورته أن يقول الرجل إذهب إلى فلان وقل له أن فلاناً باع عبده فلاناً منك بكذا فجاءه الرسول وأخبره بما قال فقال له فلان في مجلسه ذلك اشتريت أو قبلت ، ثم ^(١) البيع . وعند الشافعي رضي الله عنه ينعقد في صورة الكتابة على أصح الوجهين إذا كانت ^(٢) مقرونة بالنية وفي وجه لا ينعقد ، وبالرسالة ينعقد كما في الكفالة كذا في شرح الوجيز .

وفي الحلية لو كتب إليه بيع سلعة منه لم يصح في أصح الوجهين . وفي المجتبى يصح الرجوع عن الرسالة . ولو بلغه الرسول بغير أمره فقال اشتريت لم يحز . ولو كتب إليه يعني بكذا فوصل إليه فكتب إليه بعتك لم يتم ^(٣) ما لم يقل الكاتب اشتريت . ولو كتب إليه اشتريت بكذا فكتب إليه بعت تم البيع . ولو قال بعت من فلان الغائب وحضر الغائب في المجلس وقبل صح .

(حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة) هذا نتيجة قوله والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال وقوله حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب يرجع إلى قوله والكتاب كالخطاب ، وقوله وأداء الرسالة يرجع إلى قوله وكذا الإرسال . وفي شرح الطحاوي بعدما كتب شطر العقد أو بعدما أرسل رسولاً إذا رجع عن ذلك صح رجوعه سواء علم الرسول أو لم يعلم ، بخلاف ما إذا وكل وكيلاً ثم عزله بغير محضر منه ، فلا يصح

(١) قوله : تم البيع . أقول أي بين المرسل بالكسر ، والمرسل إليه بالفتح ، لأن السفير معبر لكلامه ومبلغاً لأمره ، فإذا اتصل به الجواب ينعقد .

(٢) قوله : إذا كانت ... الخ . أقول وأما إذا لم تكن الكتابة بينه الإيجاب والقبول لم ينعقد البيع بل يكون مقدمة البيع وإظهار الغرمة .

(٣) قوله لم يتم ما لم يقل الكاتب الخ أقول لأن البيع لا يتم إلا بالإيجاب والقبول من الطرفين وطرف الإيجاب لا يفيد معنى القبول .

عزله ^(١) . وفي التحفة وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة . وأما في الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد على قبول الآخر في ذلك المجلس بالاجماع ، فان من قال خالمت امرأتى فلانة الغائبة على الف درهم قبلها الخبر فأجازت أو قبلت صح ، وكذا لو قال اعتقت عبدي فلان الغائب بألف درهم فانه يتوقف على إجازة العبد ، فأما في جانب المرأة والعبد ، لا يتوقف ^(٢) إذا كان الزوج والمولى غائبين . وأما في النكاح فلا يتوقف الشطر عند أبي حنيفة ومحمد . وعلى قول أبي يوسف يتوقف .

(١) قوله : لا يصح عزله . أقول لا يصح بوجوه ، أما أولاً : فلأن الوكيل في البيع في حكم الموكل بالاستقلال ، ولهذا يرجع الاحكام والحقوق إليه ، فاستقلاله لا يرفع إلا بعد علمه بعزله ، وبمجرد النية لا ترفع استقلاله ، لأن استقلال المستقبل لا يرفع إلا بوجه قوى مستقل ظاهر غير خفى الأثر وموهوم الوجود والنية ما لم تؤكد بالبيان في حكم الخطرات والموهوبات . وأما ثانياً : فلأن وكالة الوكيل قد كانت بحكم الوكيل وأمره فلا يرفع إلا بعد نهي عنه ، لأن الراجع للأمر لا يكون إلا النهي لا نية النهي . وأما ثالثاً : فلأن الوكيل لما كان مستقلاً في التصرف واختاراً في عمله ، فلو عزل قبل علمه بالعزل لكان عزله موجباً للزاع في التصرفات التي قد صدرت عنه قبل علمه بالعزل ، ومورثاً للمخاصمة العظيمة بخلاف الرسالة فان صاحبها مصر محض من جانب المرسل ، فما دام لم يفرغ الرسول عن الرسالة كان له صحة الرجوع ، لأن الرسالة قبل التبليغ في حكم العزم ، وبمعه في حكم بيانه وصحة العقود التي يدار صحتها على البيان أو في حكمه لا يتحقق قبله .

(٢) قوله : وفي البيع لا يتوقف ... الخ . أقول ووجه التفريق أن الشهادة على التراضي لا تكون إلا بعد اجتماعها في مجلس الشهود في زمان واحد ، وإلا فالرضاء في زمان سابق لا يستلزمه في زمان لاحق فشهادة الشهود في صورة الافتراق لا تتحقق إلا على رضا الطرفين ، ولو كان بالافتراق واختلاف الزمان وهو لا يستلزم صحة الشهادة على التراضي الذي هو مما يتوقف على وجوده صحة النكاح .

وليس له أن يقبل في بعض المبيع ، ولا أن يقبل المشتري ببعض
الثلث لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة إلا إذا بين ثمن كل واحد ،
لأنه صفقات معنى

وتفسير ما قال في شرح الطحاوي وهو أن يقول الرجل للشهود إني قد تزوجت فلانة
بكذا فبلغها الخبر فأجازت ، أو قالت المرأة بكذا فبلغ الزوج الخبر فأجاز لا يجوز
عندهما ، ويجوز عند أبي يوسف . وفي البيع لا يتوقف بالاجماع . وقال شمس الأئمة
السرخسي في كتاب النكاح من المبسوط كما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقد البيع وسائر
التصرفات بالكتاب أيضاً .

(وليس له) أي للبائع (أن يقبل في بعض المبيع) يعني إذا أوجب المشتري في
شيء ، فليس للبائع أن يقبل في بعض (ولا أن يقبل المشتري) بفتح الراء أي المبيع
(ببعض الثمن) يعني أن البائع إذا أوجب في شيء بأن قال بعته بألف ، فقال المشتري
قبلت بخمسمائة فليس له ذلك (لعدم رضى الآخر بتفريق الصفقة) فان من عادة الناس
ضم الرديء إلى الجيد في البياعات ليرجى الرديء بالجيد ، فلو ثبت خيار القبول في أحدهما
فالمشتري يقبل العقد في الجيد ويترك الرديء على البائع فيزول الجيد عن ملكه بأقل من
ثمنه ، وفيه ضرر للبائع ، فكان تفريق الصفقة مستلزماً للضرر . وفي المغرب الصفقة
ضرب اليد على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن نفس العقد .

(إلا إذا بين) أي البائع (ثمن كل واحد لأنه صفقات معنى) أي لأن البيع الذي
فيه بيان ثمن كل واحد صفقتان من حيث المعنى . وقال الكاكي ومراده إذا تكرر لفظ
البيع بأن قال بعته هذا بكذا ، أو قال بعته هذا بكذا لأن به تعدد الصفقة لبيان ثمن كل
واحد ، فإنه لو قال بعتهما بألف بخمسمائة وهذا بخمسمائة فقبل أحدهما لا يصح ،
كذا في المبسوط . وفي الكافي لو قال بعتك هذين فقبل أحدهما . أو قال لرجلين بعتهما
هذا العبد فقبل أحدهما لم يجز للزوم تفريق الصفقة ، ولو قال بعتك هذين هذا بمائة وهذا
بمائة للمشتري أن يقبل أيهما شاء لأن البائع فرق . وفي المحيط ولو كان الثمن متفرقاً

وأيهما قام عن المجلس قبل القبول ، بطل الإيجاب ،

ينظر إن اتحد الإيجاب والقبول ، فالصفقة متحدة وإن تفرق الإيجاب والقبول فالصفقة متفرقة وإن تفرق الإيجاب واتحد القبول أو على عكسه ، فالصفقة متفرقة قيل هذا عندهما ، وأما عند أبي حنيفة متحدة .

(وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب) هذا لفظ القدوري في مختصره . وقال الأكل هذا متصل بقوله إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد ، وهو إشارة إلى أن رد الإيجاب تارة يكون صريحاً وأخرى دلالة ، فإن القيام دليل الاعراض والرجوع والدلالة تعمل عمل الصريح .

فان قيل نعم هذا إذا لم يوجد صريح يعارضه . وما هنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيرجح على الدلالة . أجيب بأن الصريح إنما وجد بعد عمل الدلالة^(١) ، فلا يعارضها . وقال الكاكي قوله أيهما قام ذكره على وجه التعميم على المتعاقدين احترازاً عن إيجاب الخلع والعتق على مال ، فإنه لا يعم المتعاقدين حيث لا يبطل الإيجاب بقيام الزوج والمولى ، بخلاف قيام المرأة والعبد . وقيل المراد بالقيام عن المجلس الذهاب عن ذلك المكان لا مجرد الانتصاب وإن كان المذكور في عامة الكتب مطلق القيام ، لأن شيخ الإسلام خواهر زادة ذكره في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان قبل المشتري صح . وفي قوله قام عن المجلس دليل على أن الذهاب عنه شرط لأن القيام عنه يتحقق

(١) قوله : إنما وجد بعد عمل الدلالة ... الخ أقول أي ان رجحان الصريح على الدلالة إنما يكون عند المعارضة ، وذلك إنما يكون قبل أن يثبت الحكم بالدلالة ، وما هنا ثبت حكم الدلالة وهو انفساخ العقد بمجرد القيام الذي هو دليل الاعراض ، فلم يعمل بعد ذلك صريح القبول ، فإن المفسوخ لا تلحقه الاجازة . فان قيل إن القيام ليس دلالة على الاعراض دلالة قطعية دائمة على الاعراض ، بل ربما يتخلف عنه بقرينته المباشرة بالحوادث . قلنا إن الشيء إذا أقيم مقام شيء فله حكمه حكماً ، وإنما كالنوم ، فإنه أقيم مقام الاسترخاء ، وحولان الحول فإنه أقيم مقام النوم ، فتأمل فيه .

لأن القيام دليل الإعراض والرجوع ، وله ذلك على ما ذكرنا
وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا
من عيب أو عدم رؤية وقال الشافعي يثبت لكل واحد منهما خيار
المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا

بالذهاب . أما لو لم يذهب لا يقال قام عنه بل يقال قام فيه . وفي شرح الطحاوي وإنت
تعاقدا عقد البيع وهما يشيان أو يسيران على دابة واحدة أو دابتين فإن أخرج المخاطب
جوابه متصلاً بخطاب صاحبه تم العقد بينهما وإن فصل عنه وإن قل ، فإنه لا يصح وإن كان
على دابة واحدة في حمل واحد ، لأنه لما وجد سيراً أو مشياً من أحدهما أو منها معاً من
بين الخطابين وإن قل فقد بطل المجلس ووجد الإعراض قبل تمامه فيبطل .

(لأن القيام دليل الإعراض والرجوع وله ذلك) أي لكل واحد منهما الإعراض
والرجوع عما أوجب الموجب قبل قبول الآخر (على ما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه لو
لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه إلى قوله فلموجب أن يرجع لخلوه عن
إبطال حق الغير .

(وإذا حصل الإيجاب والقبول) يعني عن الأصل مضافاً إلى المحل مع شرط النفاذ وهو
الملك أو الولاية (لزم البيع ولا خيار لواحد منهما) أي لأحد المتعاقدين (وبه قال مالك) .
وفي شرح الطحاوي هذا في البيع الصحيح (إلا من عيب أو عدم رؤية) فإن فيها
الخيار على ما يحىء بيانه إن شاء الله تعالى .

(وقال الشافعي رضي الله عنه يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس) وبه
قال أحمد ، وذكر في كتبهم إذا حصل الإيجاب والقبول انعقد البيع ويثبت لهما الخيار
ما لم يتفرقا أو يتخابرا ، وهو أن يقول أجزنا إمضاء البيع أو فسخه (لقوله عليه السلام) أي لقول
النبي ﷺ (المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا) هذا الحديث رواه الأئمة الستة عن نافع عن عبد الله
ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه
ما لم يتفرقا . وبلغت الكتاب رواه النسائي .

ولنا أن في الفسخ إبطال حق الغير فلا يجوز

(ولنا أن في الفسخ إبطال حق الآخر ، فلا يجوز) لما قال الشافعي رضي الله عنه أثبت الشارع لكل واحد من المتبايعين خيار المجلس على ما دل عليه الحديث المذكور ، فعلم أن لكل منهما بعد تمام العقد أن يرد العقد بدون رضی صاحبه ما لم يتفرقا بالأبدان قال المصنف ولنا أن في الفسخ ، أي في فسخ العقد بعد وقوعه إبطال حق الآخر وهو الساكت عن الفسخ ، فلا يجوز لعدم رضاه ، والمجب من المصنف أن الخصم يستدل بالحديث الصحيح وهو يستدل بالدليل العقلي ، ثم يحمل الحديث على ما ذكره ، وكان الواجب أن يستدل بدليل نقلي إما من الكتاب أو السنة ، ثم يستدل بالدليل العقلي ثم يجيب عن حديث الخصم كما فعله غيره على هذا الوجه ، حيث قالوا ولنا قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ المائدة والبيع عقد يلزم الوفاء بظاهرها الآية فلو كان خيار المجلس ثابتاً لم يكن^(١)

(١) قوله : لم يكن الوفاء بعقد البيع لازماً ... الخ . أقول لا يقال فعلى هذا تبطل الخيارات كلها ، لأن الوفاء معارض للخيار في الفسخ والإجازة ، لأننا نقول أن البيع بشرط الخيار أو ما في حكمه عقد على هذه الحثية ، لاتصال الشرط عنه ، فالعقد قبل مضي مدة الخيار أو الإجازة ليس بعقد حكماً فكيف يلزم ، ولهذا قد ثبت في محله أن البيع بالخيار علقته للحكم إسمياً ومعنى ، لا حكماً أي من حيث أنه يضاف الحكم إليه ولو بعد زوال المانع ، وهو مضي مدة الخيار أو إجازة من له الخيار علقته إسمياً ومن حيث أنه مؤثر في الملك ، علقته معنى ، ومن حيث أنه يتراخى الحكم عنه إلى زوال المانع ليس بعلة حكماً ، أي لا يضاف إليه الحكم بمجرد العقد ، بل ينظر إلى مدة زوال المانع ، لكنه إذا زال المانع يثبت الحكم مستنداً إلى وقت العقد ، أي يثبت الحكم من الإيجاب حتى يملكه المشتري بزوائد المتصلة والمنفصلة وكذا الحال في خيار العيب والرؤية ، لأن من اشترى شيئاً أو لم يره فالمبيع لو لم يوافق عند الرؤية أو ظهور العيب عن وقوع خلاف ما زعمه فيه عند العقد ، فلزوم عقده عليه لزوم عقد ما لم يعاهد هو نفسه على عقده ، وأما في خيار المجلس فلا وجه لعدم تمامية العقد فتأمل فيه .

والحديث محمول على خيار القبول وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها

الوفاء بمقد البيع لازماً. وقوله تعالى أيضاً ﴿ وأشهدوا إذا تباعتم ﴾ ٢٨٢ البقرة ندب إلى الإشهاد على العقد توثقة لهما . وفي ثبوت الخيار يسقط معنى التوثق فكان فيه إبطال معنى الكتاب .

وقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم ، وقد شرطاً ^(١) إمضاء البيع فيلزمهما . وقوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ إذا اشتريت فقل لا خلافة ولي الخيار ، فعلم أن البيع يلزم بالإيجاب والقبول . وفي إثبات الخيار لأحدهما يلزم إبطال حق الآخر فينتفى بقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، أي لا يضر الرجل أخاه ابتداء ، لأن الضرر بمعنى الضر ، وهو يكون من واحد ، والضرار من اثنين بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك ذكره في المغرب .

(والحديث محمول على خيار القبول) لأن سياق الحديث يدل على ذلك لانهما يسميان متبايعين حقيقة حالة التشاغل بفعل البيع بأن يقول أحدهما بعني ويقول الآخر بعث ، فيتخير كل منهما بعد ذلك . أما البائع فله الخيار إما أن يثبت على ما قال أو يرجع عنه ، وأما المشتري فله الخيار أيضاً إما أن يقبل أو يرد ما دام في المجلس . وهذا تأويل قوله عليه الصلاة والسلام (وفيه إشارة إليه) أي في الحديث إشارة إلى خيار القبول ، وبين ذلك بالفاء التفسيرية بقوله (فلئنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها) يعني أن حقيقة اسم المتبايعين لهما حالة التشاغل بالعقد لا بعد الفراغ منه كالتقابلين والمتناظرين ، وبه نقول

(١) قوله : وقد شرطاً امضاء البيع ... الخ ، أقول فإن قلت من أين علم أنها شرطاً امضاء البيع ، لأن مجرد العقد لا يفيد . قلنا أن قول البائع بعث في معنى قوله أجزت المبيع عن ملكي وأدخلته في ملكك بإزاء ثمنك ، وقول المشتري اشتريت في معنى قوله أخرجت الثمن عن ملكي وأدخلته في ملكك بإزاء مبيعك ومن الظاهر أن بيع البائع لا يتم إلا بعد شراء المشتري وشراء المشتري لا يتم إلا بعد بيع البائع ، فاعتراف كل منهما بإخراج المبيع الثمن عن ملكها قبل خروجها اعتراف بمعاهدة الإخراج وإلزامه على نفسها .

أو يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الأقوال

أن لكل واحد من المتساومين للخيار ، لأن كونهما متبايعين حالة المباشرة ^(١) بطريق الحقيقة ، لبقاء قوله بعت ، إلى قوله اشتريت من حيث الشرع ^(٢) فالحقيقة الشرعية بمنزلة الحقيقة لغة ، فيكون ما قلناه حقيقة ، وما قاله الخصم مجازاً باعتبار ما كان إذ لو بقي قوله بعد بعت واشتريت بعد التكلم بهما لما جازت الإقالة ، لأن رفع الشيء ^(٣) في حال ثبوته محال ، وهذا لأن البائع والمشتري قد اجتمعا على المبيع ، فإذا تم الإيجاب والقبول فقد تفرقا عما اجتمعا عليه .

فإن قلت لم لا يجوز أن يكون الإيجاب والقبول شرطاً باقياً ما دام في المجلس . قلت لما ذكرنا من صحة الإقالة فيكون الباقي بمعنى الذي ثبت بالإيجاب والقبول .

(أو يحتمله فيحمل عليه) أي أو يحتمل ما قاله الخصم ، ويحتمل ما قلنا وما قلناه راجع لما ذكرنا أنه حقيقة ، والحمل عليه أولى ، ولا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر ، فيكونان متبايعين مع وجود كل كلاميهما ، لأن الباقي بعد كلاميهما حكم كلاميهما ^(٣) شرعاً لا حقيقة كلاميهما والكلام في حقيقة الكلام .

(والتفرق فيه تفرق الأقوال) أي التفرق المذكور في الحديث تفرق الأقوال . وقال

(١) قوله : حالة المباشرة . أقول لأن الاستناد إلى ما كان أو إلى ما يؤول مجازاً .

(٢) قوله : من حيث الشرع ... إلى آخره ، أقول لا من حيث الحس لانتفاء القول بعد التلفظ .

(٣) قوله : لأن رفع الشيء ... النخ ، أقول فإن قلت فعلى هذا يكون الأمر بوفاء العقود عبثاً ، لأنه لا يخلو إما أن يكون الأمر بوفاء العقود قبل العقد أو بعده ، أو في حالة انقضاءها على الأول يكون الأمر بإيفاء الشيء قبل تحققه وهو باطل ، وعلى الثاني طلب إيفاء الشيء بعد عدمه ، وهو أيضاً باطل . وعلى الثالث أيضاً كذلك ، لأن عدم حالة الوجود محال ، فلا حاجة إلى الأمر بالإيفاء . قلنا أن الأمر بالإيفاء طلب لإبقاء أحكامها ، فلا نقض ولا غبار فتأمل ، فإنه دقيق .

(٤) قوله : حكم كلاميهما ... النخ ، أقول فالمراد في قولهم العقود الشرعية في حكم الجواهر ، أحكامها لا نفسها فتأمل فيه .

الأكل هذا جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجواهر ولقائل أن يقول عمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض (١) بالعرض وهو محال بإجماع أهل السنة فيكون إسناد التفرق إليهما مجازاً، فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم. وأجيب بأن اسناد التفريق والتفرق إلى غير الأعيان سائغ ومشائع، فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة. قال الله تعالى ﴿وما تفرق الذين﴾ (٢) أوتوا الكتاب ﴿؛ البينة الآية وقال تعالى ﴿لا تفرق﴾ (٣) بين أحد من رسله ﴿٢٨٥ البقرة

(١) قوله : يستلزم قيام العرض . الخ ، أقول أي قيام العرض بالعرض محال ، فإن قيل إنه يقال أن الحركة سريعة واللون أبيض وغيرهما مع أنه لا كلام في صحتها . قلنا هذا الإسناد إسناد الوصف إلى الشيء باعتبار المتعلق ، لأن السريع هو المتحرك والأبيض هو المتلون ، والتحقيق أن الانصاف على قسمين انضمامي وانتزاعي ، والأول لا يكون بين الأعراض ، لأن انضمام الوصف وقيامه بالشيء فرع قيامه في نفسه ، ومن الظاهر أن هذا المعنى لا يوجد في الأعراض ، بخلاف كون العرض مشار لانتزاع وصف آخر فإنه لا محذور فيه ، ولا الإستحالة فتأمل فإنه دقيق .

(٢) قوله : وما تفرق الذين ، أقول في الكشف كان الكفار من الفريقين أهل الكتاب وعبدة الأصنام يقولون قبل بعث النبي ﷺ لا ننفك مما نحن عليه من ديننا ، ولا نترك حتى يبعث النبي الموعود الذي هو مكتوب في التوراة والإنجيل ، وهو محمد ﷺ فحكى الله تعالى ما كانوا يقولونه ، أي وما تفرق الذين أوتوا الكتاب عما كانوا عليه بأن آمن بعضهم لو تردد في دينه ، أو عن وعدمه بالاصرار على الكفر . فان قيل إذا كان المراد عدم التفرق في الوعد فكيف يستقيم ما قال الشارح العلامة المراد التفرق في الاعتقاد . قلنا لما كان وعدم استقامتهم على اعتقاد الكفر فيؤول المنطوق إلى ما قال رحمه الله .

(٣) قوله : لا تفرق بين . الخ ، أقول المراد نفي التفرق بالتصديق ، وإلا فقد فضل الله بعضهم على بعض ، فالتفريق من حيث التفضيل وبيان تفاوت مدارج بعضها على بعض ليس بمنوع . فإن قيل قال رسول الله ﷺ ما ينبغي لأحد أن يكون خيراً من ابن متي رواه البخاري في صحيحه وفيه أيضاً ما ينبغي لأحد أن يقول أنا خير من يونس بن متى ، ←

والمراد التفرق في الاعتقاد . وقال عليه السلام ستفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو أيضاً في الاعتقاد ، وفيه نظر لأن المجاز باعتبار ما يؤول إليه أو ما كان عليه أيضاً ، كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد لا على مذهب أبي حنيفة ، فإن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ، ولعل الأولى أن يقال حمله على التفرق بالأبدان رد إلى جهالة ، إذ ليس له وقت معلوم ، ولا غاية معروفة ، فيصير من أشباه بيع المنابذة واللامسة وهو مقطوع بفساده . وهذا معنى قول مالك ليس لهذا الحديث حد معروف .

في المبسوط راوي حديث مالك ابن عمر رضي الله عنهما ومذهبه أن خيار المجلس لا يثبت ، وعمل الراوي بخلاف الحديث دليل ضعفه . ولهذا قال ابن العربي قال مالك ليس لهذا الحديث عندها حد معروف ، ولا أمر معمول به . وقال الأكمال أو نقول التفريق يطلق على الأعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي ، وترجيح جهة التفرق بالأقوال بما ذكرنا من أداء حمله على التفرق بالأبدان إلى الجهالة .

→ وفيه أيضاً من قال أنا خير من يونس بن متى فقد كذب ، فعلم من هذه الأحاديث أن التفضيل ليس بمحائز . قلنا المراد نفى التفضيل في نفس النبوة في إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري ، قال قال رسول الله ﷺ ما ينبغي لأحد أن يكون خيراً من ابن متى ، أي في نفس النبوة إذ لا تفاضل فيها . نعم بعض النبيين أفضل من بعض كما هو مقرر ، ولأبي ذر من يونس بن متى ، أي ليس لأحد أن يفضل نفسه عليه ، أو ليس لأحد أن يفضلني عليه . وفي سورة النساء ما ينبغي لأحد أن يقول أنا خير من يونس بن متى ، قاله تواضعاً ، ولا يمارضه تحذره بنعمة الله عليه ، حيث قال أنا سيد ولد آدم ، ثم قال إنه قال من قال أنا خير من يونس بن متى فقد كذب قاله زجراً أو سداً للذريعة من قوم حط مرتبة يونس لما في قوله تعالى ﴿ وَلَا تَكُنْ كَصَاحِبِ الْحُوتِ ﴾ ٤٨ القلم ونفس النبوة لا تفاضل فيها إذ كلهم فيها على حد سواء كما مر .

وقال الطحاوي اختلف الناس في تأويل قول رسول الله ﷺ البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فقال قوم هذا على الافتراق بالأقوال ، ثم بسط الكلام فيه . قلت في شرحي الذي سمعته نخب الأفكار في تنقيح مبان الأخبار في شرح معاني الآثار أراد بالقول هو لإبراهيم النخعي وسفيان الثوري في رواية وربيعه الرازي ومالك وأبا حنيفة ومحمد بن الحسن ، فإنهم قالوا المراد من قوله عليه الصلاة والسلام ما لم يتفرقا ، هو التفرق بالأقوال . فلماذا قال البائع قد بعت ، وقال المشتري قد اشتريت ، فقد تفرقا ، ولا شيء لهما بعد ذلك خيار ، ويتم به البيع ولا يقدر المشتري على رد البيع إلا بخيار الرؤية ، أو خيار العيب أو خيار الشرط ، أي شرطه . وقال عيسى بن إبان الفرقة التي تقطع الخيار في الحديث هي الفرقة بالأبدان ، ولكن فسر به بقوله إن الرجل إذا قال للرجل قد بعتك عبدي بألف درهم فلمخاطب بذلك القول أن يقبل ما لم يفارقه صاحبه ، فإذا افرق لم يكن له بعد ذلك أن يرجعه لولا أن هذا الحديث جاء ما علمنا ما نقطع بها للمخاطب من قبول المخاطبة التي خاطبه بها صاحبه ، وأوجب له بها البيع فلما جاء هذا الحديث ، علمنا أن افتراق أبدانها بعد المخاطبة بالبيع يقطع قبول تلك المخاطبة ، وقد روي هذا التفسير عن أبي يوسف ، وقاله الطحاوي .

وقال آخرون هذه الفرقة المذكورة في هذا الحديث هي الفرقة بالأبدان ، فلا يتم البيع حتى يكون ، فإذا كانت تم البيع . قلت أراد بالآخرين سعيد بن المسيب والزهري وعطاء بن أبي رباح وابن أبي ذئب وسفيان بن عيينة والأوزاعي والليث بن سعد وابن أبي ليلى والحسن البصري وهشام بن يوسف وابن عبد الرحمن وعبد الله بن حسن القاضي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبانور وأبا عبيد وأبا سليمان ومحمد بن جرير الطبري وأهل الظاهر . وقال الأوزاعي حد التفرق أن يغيب كل واحد منهما عن صاحبه حتى لا يراه . وقال عياض قال الليث هو أن يقوم أحدهما . وقال آخرون هو افتراقهما من مجلسهما أو نقلهما .

قال والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع لأن بالإشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تقضي إلى المنازعة

(قال) أي القدوري (والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع) أراد بذلك ما تبع العقد عليه سواء كان من النقيدين أو غيرهما ، وسواء كانت ثمنًا أو مثنىً بعد ^(١) أن لم يكن في الأموال الربويية ، فانها إذا بيعت يحنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز ، وإن أشار إليها لاحتمال الربا ، والتقيد ^(٢) بالبيع احترازاً عن السلم ، فان رأس المال فيه إذا كان مكيفاً أو موزوناً يشترط معرفة مقداره ^(٣) في جواز السلم عند أبي حنيفة ، كما يجيء . ولا يكتفي بالإشارة (لأن بالإشارة كفاية في التعريف ، وجهالة الوصف فيه) أي جهالة القدر في العوض المشار إليه . قال الكاكي أي وصف المقدار في التعريف أو في البيع (لا يفرض إلى المنازعة) لأنها حاضرة ، والتقاض حال بخلاف جهالة وصف المقدار في المسلم فيه ، حيث لا يجوز ، لأدائها إلى المنازعة لعدم حضوره .

(١) قوله : بعد أن لم يكن ... الخ ، أقول وإنما ترك المصنف هذا الاستثناء لأنها مما يتعلق بالربا ، وهذا الباب ليس بيانه .
(٢) قوله : والتقيد بالبيع ... الخ أقول لأنها قد علمناك سابقاً ان بيع العين الموجود بالثمن يسمى بيعاً لكثرة وقوعه وشهرته من بين إقام البيع ، فالمطلق ينصرف إليه فلا يرد أن المطلق كيف يفيد الاحتراز عن بعض أفرادها ، لأن إطلاقه على الجميع على السواء .
(٣) قوله : يشترط في معرفة مقداره ... الخ ، أقول لأن جهالة قدر رأس المال يستلزم جهالة المسلم فيه ، لأن المسلم إليه ينفق رأس المال شيئاً فشيئاً ، وربما يجد بعد ذلك زيواً ، فيرده ولا يستبدله في مجلس الرد ، فيبطل العقد بقدر ما رده . فإذا لم يكن مقدار رأس المال معلوماً لا يعلم في كم انتقص وفي كم بقي ، وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق ، فكذا ما يستلزمها ، لأن اللازم في حكم الملزوم ، وهذا حجة إمامنا الأعظم رحمه الله .

والاثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة ،
لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد ، وهذه الجهالة مفضية إلى
المنازعة ، فيمتنع التسليم والتسلم ، وكل جهالة هذه صفتها تمنع
الجواز . هذا هو الأصل .

(والاثمان المطلقة) قال الأكمل أي المطلقة عن الإشارة لا يصح بها العقد ، وكل ما
هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية إلى النزاع . وقال الاترازي المراد بالاثمان
المطلقة الدراهم والدنانير ، لأنها أثمان بكل حال ، لأن الله تعالى خلق الذهب والفضة ثمناً
للأشياء ، والمعنى بالثمنية كونه بحال يقدر به مالية الأشياء ، ويتوصل به إليها وبما بهذه
الصفة قبل الصياغة وبعدها . ويجوز أن يراد بها المطلقة عن قيد الإشارة وقد ذكرنا هذا
عن الأكمل رحمه الله . وقال الكاكي ذكر الاطلاق ما هنا للاحتراز عن كونها مشاراً
إليها لا للاحتراز عن أثمان غير مخلوقة للثمنية ، لأنه ذكره بعد قوله والأعواض المشار
إليها مع اختلاف الحكم (لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر) كالخمس (١) والعشرة
(والصفة) كالبخاري والسمرقندي .

(لان التسليم واجب بالعقد ، وهذه الجهالة أي جهالة القدر والصفة) مفضية إلى المنازعة
المانعة من التسليم والتسلم (فيمتنع التسليم والتسلم) أي من جهة الآخر (وكل جهالة هذه صفتها تمنع
الجواز) أي جواز العقد (هذا) أي كون الجهالة المفضية إلى المنازعة مانعة (هو الأصل)
أي في كتاب البيوع بالاجماع ، لان شرعية المعاملات لقطع المنازعات المفضية إلى الفساد .
ثم لا بد من معرفة الاثمان المطلقة .

قال في الكامل التقدان والفلوس ثمن كيف ما ذكر لانها لا يتعينان عندنا خلافاً

(١) قوله : كالخمس ... إلى آخره ، أقول صورة الاثمان المطلقة قبل بيان القدر
والصفة ما إذا قال اشتريت هذا الشيء بالذهب ولم يبين قدره ولا وصفه ، وكذا لو قال
بالدراهم وبيان القدر أن نقول عشرة أو خمسة ، وبيان الصفة أن يقول سمرقندي
أو بخاري .

قال ويجوز البيع بضمن حال ومؤجل إذا كان الأجل معلوماً ،

للشافعي رضي الله عنه ، فيثبت في الذمة .

وعن الفراء الثمن ما يثبت في الذمة . قال صاحب المجتبى فهو المراد بالأثمان المطلقة ما هنا . وعن الكرخي ما يتعين في العقد فهو مبيع وما لم يتعين فهو ثمن . قال الاثرابي ثم الاموال ثلاثة أنواع ، ثمن مطلق وسلعة محضة ودائر بينهما بيان ذلك فيما قال صاحب التحفة ، ثم الدراهم والدنانير أثمان أبداً ، سواء كان في مقابلتها أمثالها أو أعيان أصحابها حرف الباء أولاً حتى أن في الاثمان يصير صرفاً ، ولو كانت بمقابلتها السلعة تصير ثمناً ، والسلعة مبيعاً على كل حال ، لأنها أثمان مطلقة على كل حال ، فلا يتعين بالتعيين ، وأما الأعيان التي ليست من ذوات الامثال كالثياب والدور والعقار والعبيد والمعدنيات المتفاوتة كالبطيخ والتار ، فهي مبيعة ويتعين بالتعيين . ولا يجوز البيع فيها إلا عيناً إلا فيما يجوز فيه السلم كالثياب ، بخلاف القياس . ثم الثياب كانت بيمناً في الذمة مؤجلاً بطريق السلم تثبت ديناً في الذمة مؤجلاً بطريق الثمن ، والاجل شرط في الثياب ، لا لانه شرط في الاثمان ولكن شرط لتصير ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة .

وأما المكيل والموزون والمعددي المتقارب إن كانت في مقابلتها أثمان فهي مبيعة ، وإن كان في مقابلتها أمثالها أعني المكيل والموزون والمعددي المتقارب ، فكل ما كان موصوفاً في الذمة يكون ثمناً ، وكل ما كان معيناً يكون مبيعاً . وإن كان كل واحد منهما موصوفاً في الذمة فما صحبه حرف الباء يكون ثمناً ، والآخر مبيعاً لان هذا بما يتعين بالتعيين ، ويثبت ديناً في الذمة أيضاً ، فتعين أحد الوجهين بالدليل .

(قال) أي القدوري (ويجوز البيع بضمن حال ومؤجل) وفي بعض النسخ أو مؤجل ، وعليه إجماع العلماء . وفي الكامل لو قال بعته بالف حالاً أو بالفين نسيئة لا يجوز لجهالة الثمن (إذا كان الاجل معلوماً) لان جهالته مانعة من التسليم والتسلم ، فيؤثر في

لإطلاق قوله تعالى ﴿ وَأَحْلِ إِلَهُ الْبَيْع ﴾ ٢٧٥ البقرة، وعنه عليه السلام أنه اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه ، ولا بد أن يكون الأجل معلوماً ، لأن الجهالة فيه مانعة عن التسليم الواجب بالعقد ، فهذا يطالبه به في قريب المدة ، وهذا يسلمه في بعيدها . قال ومن أطلق الثمن في البيع

صححة العقد (لا إطلاق) قوله تعالى ﴿ وَأَحْلِ إِلَهُ الْبَيْع ﴾ (لأنه لم يفصل بين ثمن حال و ثمن مؤجل .
(وعنه عليه الصلاة والسلام) أي وعن النبي ﷺ (إنه اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه) وهذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعاً لهن حديد . وفي لفظ البخاري ثلاثين صاعاً من شعير ، وهذا اليهودي اسمه أبو الشحم رجل من بني ظفر ، هكذا وقع مسمى في سنن البيهقي ، أخرجه عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر رضي الله عنه .

(ولا يجوز إذا كان الأجل مجهولاً لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد) هو التسليم والتسلم (فهذا يطالبه به) أي يطالب المشتري بالثمن (في قريب المدة وذاك) أي المشتري (يسلمه في بعيدها) أي في بعيد المدة .
(قال) أي القدوري (ومن أطلق الثمن في البيع) بأن ذكر القدر دون الصفة ، مثل أن يقول المشتري مثلاً اشتريت بعشرة دراهم ولم يقيد بها بالبخارية أو السمرقندية ونحو

(١) قوله : لأن قوله تعالى ... الخ ، أقول في الدرر فيه إشكال لأن نص البيع مطلق واشتراط معلولية الأجل بالدليل القطعي تقيد المطلق بالرأي ، وهو غير صحيح لما تقرر في الأصول أن تقيد المطلق بنسخ ونسخ الكتاب بالرأي لا يجوز . أقول هذا الاشكال ليس بشيء ، لأن البيع المطلق لا يتناول البيع الذي فيه الأجل مجهول ، لأن التسليم والتسلم واجباً بالعقد ، والواجب عن الشيء في حكم لازمه والشيء لا يتناول مبادئه ومبائنه لوازمه .

كان على غالب نقد البلد ، لأنه هو المتعارف ، وفيه التحري للجواز
فيصرف إليه ، فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين
أحدها وهذا إذا كان الكل في الرواج سواء ، لأن الجهالة
مفضية إلى المنازعة ،

ذلك . أو قال اشتريت بكذا مثقالاً ولم يقبده بالخليفة والركني ونحو ذلك . وقال الكاكي
قوله ومن أطلق الثمن يعني ذكر القدوري ، والنوع دون الوصف فإنه لو لم يذكرهما كانت
المسألة عين الأولى^(١) ، وهي قوله والأثمان المطلقة وفي البداية إنما أورد هذا ليبين أن تعريف الصفة
كما يحصل بالتنصيص يحصل بطريق الدلالة باعتبار العرف وكثرة الإستعمال . وفي الجنازية
قوله أطلق أي ذكر الوصف^(٢) وعن نقد البلد بعد أن سمى قدره ونوعه (كان على غالب
نقد البلد لأنه هو المتعارف) أي لأنه هو المتفام في عرف الناس والمطلق من الألفاظ ينصرف
إليه بدلالة العرف . وقال تاج الشريعة نقد البلد أي البلد الذي جرى فيه البيع لا في بلد
المتبايعين (وفيه التحري للجواز) أي وفي غالب نقد البلد التحري لجواز العقد (فينصرف
إليه) أي فيصرف إطلاق الثمن إلى غالب نقد البلد .

(فإن كانت النقود مختلفة) أي إن كانت النقود في البلد على اختلاف الوزن رابحة على
السواء (فالبيع فاسد) للجهالة المانعة من التسليم والتسلم (إلا أن يبين أحدها) استثنى
من قوله فالبيع فاسد أي إلا أن يبين أحد النقود المختلفة فحينئذ يجوز (وهذا) أي فساد
البيع (إذا كان الكل في الرواج سواء ، لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة) لأنه لا يمكن

(١) قوله : عين الأولى أقول ولا حاجة إلى زيادة ما زاده صاحب الكفاية . ولو ذكرهما
كان عين تلك المسألة بعد الاستثناء ، وهي قوله والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون
معروفة القدر والصفة انتهى لأن الإطلاق يأبى عن هذا التشقيق فلا مدخل له
في التريب .

(٢) قوله : وهذا المعنى هو المفهوم عن قوله كان على نقد البلد والاتحاد عن المسألة
السابقة الجارية في بيان الأثمان المطلقة .

إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدهما أغلب وأروج ،
فحينئذ يصرف إليه تحريماً للجواز . وهذا إذا كانت مختلفة في المالية
فإن كانت سواء فيها كالثنائي

ترجيح بعضها على البعض لإطلاق التسمية (إلا أن مرتفع الجهالة بالبيان) بأن يبين بعض
النقود أنه هو المراد (أو يكون أحدهما) أي أحد النقود (أغلب وأروج فحينئذ يصرف إليه)
أي إلى الأغلب الأروج (تحريماً للجواز) أي طلباً لجواز العقد إذ أمور المسلمين محمولة على
الصحة ما أمكن (وهذا) أي فساد العقد في المستوية الزواج (إذا كانت) أي النقود
(مختلفة في المالية) كالذهب الركني والخليفي فإن الخليفي أفضل في المالية من الركني .
(فإن كانت سواء فيها) أي في المالية (كالثنائي ^(١)) وهو ما كان الإثنان منه يعبر

(١) قوله : كالثنائي ، وهو ما يكون ... الخ . أقول فمالية الإثنين أو الثلاث كالمالية
الواحد من الأحادي ، ولا يسمى الواحد من الثنائي والثلاثي درهماً في ذلك الحرف ، بل
ينصرف الدرهم في عرفهم إلى أحد الأشياء ، وهو الواحد من الآحادى والاثنان من الثنائي
والثلاث من الثلاثي فيصح العقد على الدرهم المطلق ، هذا كلام صاحب الكفاية . ويؤيده
ما قال في الدار شرح الغرر فلن استوى المالية أيضاً كما استوى الزواج واختلف الاسم
كالآحادي والثنائي والثلاثي صح إن أطلق اسم الدرهم ، على كل منها حيث يطلق على الواحد
من الأول والاثنين من الثاني والثلاث من الثالث اسم الدرهم ، وينصرف إلى ما قدر به من
كل نوع مثلاً إذا باع بألف درهم فله أن يعطي ألفاً من الأحادي أو ألفين من الثنائي أو ثلاثة
آلاف من الثلاثي ، هذا ما ذكر في الكافي . وأورده صاحب الهداية انتهى ملخصاً . وبكذا
نقل الحلبي في ذخيرة العقبى ، وظهر من هذا أن كلام الشارح رحمه الله برىء عن التعقيد
وقد زال هاهنا قدم صاحب العناية وفهم ما لا يذهب إليه ذهن الذاهن ، وقال إن في
كلام الشارح تعقيد أو هو قوله كالثنائي الخ مثال للنقود المختلفة في المالية فلزم الفصل بين قوله إذا
كانت مختلفة ، ومثاله وهو قوله كالثنائي ، بالشرط وهو قوله فإن كانت سواء فيها ولزم
الفصل بين هذا الشرط وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي إلى قوله جاز ، ←

والثلاثي والنصري اليوم بسمرقند والإختلاف بين العدالي بفرغاة
جاز البيسع إذا أطلق إسم الدرهم ، كذا قالوا . وينصرف إلى
ما قدر به من أي نوع كان ، لأنه لا منازعة ولا إختلاف في المالية .
قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازاة .

دانقاً (والثلاثي) وهو ما كان الثلاث منه يعبر دانقاً (والنصري اليوم بسمرقند) وهو
بنزلة الناصري ببخارى كذا قال الإمام حميد الدين في فوائده (والإختلاف بين العدالي
بفرعائه) قال الاترازي وهي لغة فقهاء ما وراء النهر ، ويسمون الدرهم عدالياً وقد
استعملوها في كتبهم (جاز البيس) جواب قوله فإن كانت سواء (إذا أطلق اسم الدرهم)
أي فيما ذكر من هذه الأشياء (كذا قالوا) أي كذا قال المتأخرون من المشايخ (وينصرف
إلى ما قدر به) أي ينصرف اسم الدرهم إلى ما قدر به من المقدار كمشرة ونحوه (من
أي نوع كان) من غير قيد بنوع معين (لأنه لا منازعة) في الاستواء في الرواج (ولا
إختلاف في المالية) للمساواة فيها .

(قال) أي القدوري (ويجوز بيع الطعام) والمراد بالطعام الحنطة ودقيقها ، لأنه
يقع عليها عرفاً ، كذا قاله الشراح ، وقيدوا بقولهم عرفاً ويؤيد هذا ما قاله الخليل أن
المعالي في لغة العرب أن الطعام هو البر خاصة (والحبوب) كالعدس والحبص ونحوهما ،
ومن جعل الطعام أعم قال ذكر الحبوب مستدرك وليس كذلك ، لأن الطعام اسم للبر
خاصة والحبوب غيره فافهم (مكايلة) مصدر من باب المفاعلة يقال كايلته مكايلة إذا كلت
له وكال لك (ومجازاة) وهو أيضاً مصدر من جازف . وقال الجوهري الجزف أخذ
الشيء مجازاة وجزافاً فارسي معرب . وفي المغرب وهو البيس بالحدس والظن بلا كيل
ولا دن . وفي الجهرة الجذف الأخذ بكثرة ومن ذلك قولهم جزف له في الكيل إذا أكثر ،

→ ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثلاثي متعلقاً بقوله فكانت سواء ، لأن الثنائي وهو ما كان
اثنتان منه دانقاً ، والثلاثي وهو ما كان ثلاثة منه دانقاً لا يكون في المالية سواء ، لكن
يمكن أن يكون في الرواج سواء .

وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ، بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا . ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابهه جهالة القيمة .

ومنه الجزاف والمجازفة في الشرك والبيع وهو يرجع إلى المساهلة .

(وهذا) أي البيع مجازفة (إذا باعه بخلاف جنسه) فحينئذ يحوز (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وقد روى الجماعة غير البخاري عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، سواء بسواء ، يدأ بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدأ بيد .

(بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة) حيث لا يحوز (لما فيه من احتمال الربا) ، لأنه ربما يزيد أحد الجنسين على الآخر فيصير ربا . وقال الكاكي قوله إذا باعه بخلاف جنسه إنما يفيد فيما إذا كان شيئاً يدخل تحت الكيل . وأما إذا كان قليلاً^(١) لا يدخل تحت الكيل ، فيجوز بيعه بجنسه مجازفة أيضاً كذا في الذخيرة (ولأن الجهالة) عطف على قوله عليه الصلاة والسلام أي لأن جهالة بيع الحبوب والطعام مكايلة ومجازفة (غير مانعة من التسلم ، فشابهه ، جهالة القيمة) أي شابه جهالة المجازفة جهالة القيمة بأن اشترى شيئاً بدرهم ولم يدر

(١) قوله : وأما إذا كان قليلاً .. الخ ، أقول فإن قلت كيف يحوز مع أن الحديث المروي في البر لا يعارضه . قلنا أن المكيلات إنما يقدر بالكيل من حيث الشرع ، فالحكم بالتساوي وعدمه فيها لا يعتبر إلا به ، والشئ القليل الذي لا يدخل تحت الكيل يقدره الكيل ، فلا يحكم بعدم جوازه بعينه بجنسه ، لأن عدم الجواز عن احتمال عدم التساوي من حيث الكيل ، وهو مفقود في القليل الذي لا يدخل تحت الكيل .

قال ويجوز بآناه بعينه لا يعرف مقداره ويوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره ، لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله ، بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر ، والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة ،

قيمه أزيد منه أو أنقص يجوز ، لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، والمانع هي الجهالة المفضية إلى المنازعة .

(قال) أي القدوري في مختصره (ويجوز) أي البيع (بآناه بعينه) بأن قال بهذا الإناء وأشار إليه ، ولكن (لا يعرف مقداره) أي مقدار الإناء (ويوزن حجر) أي وكذا يجوز البيع بوزن حجر (بعينه لا يعرف مقداره ، لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله) أي قبل التسليم ، لأنه يندر هلاك كل من الإناء والحجر قبل التسليم . وفي المبسوط لو اشترى بهذا الإناء يبدأ بيد فلا بأس به ، لأن في المعين البيع مجازفه يجوز .

(بخلاف السلم) حيث لا يجوز فيه بآناه بعينه ولا بحجر بعينه (لأن التسليم فيه) أي لأن تسليم المعقود عليه في السلم (متأخر إلى مدة (والهلاك) أي هلاك الحجر والآناء المعينين (ليس بنادر قبله) أي قبل التسليم (فتتحقق المنازعة) عند ذلك فلا يجوز . وقال الكاكي ويجوز بآناه من حديد أو خشب وما أشبه ذلك . أما إذا جهل كالزنبيل والجوالق والفراير لا يجوز . ولو باعه طعاما على أن يكيه بزنبيل أو بآناه يشبه الزنبيل لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكذا لو اشترط عليه وزن ثوب أو متاع أو ملاء جوالق . وفي جمع التفاريق عن محمد جواز الشراء بوزن هذا الحجر (١) وفيه الخيار . وعن أبي يوسف (٢)

- (١) قوله : بوزن هذا الحجر أقوله لأن الميار المعين لم يتباعد عن المجازفة .
(٢) قوله : وعن أبي يوسف لا يجوز . أقول لأن البيع في المكيلات والموزونات ، أما أن يكون مجازفة أو بذكر القدر ، ففي المجازفة المعقود عليه ما سمي من هذا المقدار ولم يوجد شيء منهما ، فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل إذا لم يكن المكيال معلوماً .

لا يجوز . وفي جميع النوازل لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً ثم علم به ، جاز وله الخيار . وكذا لو باع عبده بها باع به فلان عبده جاز . وفي جمع العلوم لو يعلم المشتري^(١) جاز وبها يبيع الناس^(٢) لا يجوز ، وهكذا ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه . وحكي عنه وجه أنه يجوز ، وإن لم يعلم ما باع فلان . وعن أبي جعفر لو قال بعتك من هذه والحنطة ما يملأ هذا البيت^(٣) لا يجوز ، ومثل ما يملأ هذا الطشت^(٤) يجوز . وعن أبي حنيفة رضي الله عنه^(٥) لا يجوز شراء قرية من ماء هذا النهر ، لأن الماء ليس عنده ، ولا يعرف قدر القرية ، وأطلق جوازه في المجرد ، وكذا قرية بعينها أو راوية من ماء الفرات يوفيه في منزله .

وجوز أبو يوسف أيضاً . وعنه إذا ملأ ثم تراضيا جاز وهذه مجازفة . وقال برهان

(١) قوله : لو يعلم المشتري ... الخ ، أقول وإلا لا لجهالة الثمن .

(٢) قوله : وبما يبيع الناس ... الخ ، أقول لأن بيعهم يختلف في التقدير للزوم الجهالة .

(٣) قوله : ما يملأ هذا البيت ... الخ ، أقول لأن وسعه مع اختلاف زواياه مما يورث النزاع في خلائه .

(٤) قوله : وما يملأ هذا الطشت ... الخ ، أقول لأن وسعه من حيث الملاء معلوم وليس مما يورث النزاع .

(٥) قوله : وعن أبي حنيفة رحمه الله في رواية الحسن بن زياد أنه ، أي العقد إناء بعينه لا يعرف قدره وبوزن حجر بعينه لا يعرف قدره لا يجوز في البيع أيضاً ، كما لا يجوز في السلم لأن البيع في المكيلات والموزونات . أما أن يكون مجازفة أو بذكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه ما يشاء إليه ، وعند ذكر القدر المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منها ، فإنه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل إذا لم يكن المكيل معلوماً ، والأول أي جواز البيع بها أصح من حيث الدليل ، فإن المعيار المعين لم يتباعد عن المجازفة وأظهر من حيث الرواية .

وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضاً ، والأول أصح وأظهر .
قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد
عند أبي حنيفة ، إلا أن يسمى جملة قفزاتها .

الدين باع كل حقه في هذه القرية ولم يملها نصيبه لم يجز ، ولو علما جاز . ولو علم
المشتري دون البائع جاز وبه قال الشافعي ومالك رضي الله عنها ، وعلى عكسه لا يجوز
عند أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي . وقال مالك إن بينه البائع يجوز .

(وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضاً) أي في بيع المساواة أيضاً ، وهو رواية
الحسن عنه . روى ذلك الفقيه أبو الليث في العيون ، ثم قال وهو قول أبي يوسف الأول ،
ثم رجع فقال إذا كان الأثناء مما لا يقع إذا حشى فيه فالبيع جائز مثل الطشت ونحو ذلك ،
وأما الزنبيل والجواني فلا يجوز لاحتمال الزيادة والنقصان (والأول) أراد به ما ذكره
القدوري بقوله ويجوز بآثاء بعينه لا يعرف مقداره (أصح) ودليله مذكور في المتن
(وأظهر) أي بحسب الرواية والتعليل .

(قال) أي القدوري (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز
واحد عند أبي حنيفة) الصبرة الطعام المجتمع كالكومة وجمعها صبر بضم الصاد وفتح
الباء . وقال الجوهري الصبرة واحدة صبر الطعام ، ويقال اشتريت الشيء صبرة أو بلا
وزن ولا بليل والقفيز مكيال ، وجمعه قفزان قاله في المغرب ^(١) ولم يبين قدره . وقال
الجوهري القفيز ثمانية مكايك ولم يبين المكوك إلا في باب الكاف ، وقال المكوك مكيال
وهو ثلاث كيلجات والكيلجة منان وسبعة أثمان من ، والمن رطلان والرطل اثنتا عشر
أوقية ، والأوقية أستار وثلاثا أستار ، والأستار أربعة مثاقيل ونصف ، والمثقال درهم
وثلاثة أسباع درهم ، والدرهم ستة دوانيق ، والدانق قيراطان والقيراط طسوحتان ،
والطسوح حبتان ، والحبة سدس من درهم وهو جزء من ثمانية وأربعين جزءاً من درهم ،
والجمع مكايك ، انتهى كلام الجوهري (إلا أن يسمى جملة قفزاتها) في بعض النسخ جمع

(١) قوله : وفي بعض كتب اللغة إن القفيز مكيال قدر اثني عشر صاعاً .

وقالا يجوز في الوجهين . له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع
والثمن^(١) فيصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية
جميع القفزان أو بالكيل في المجلس ، وصار هذا كما لو أقر وقال
لفلان على كل درهم فعلية درهم واحد بالإجماع .

قفزانها فحينئذ يصح في الكيل وكذلك إذا كان الصبرة في المجلس صح البيع وثبت
للمشتري الخيار .

(وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد (يجوز في الوجهين) وهو ما إذا ذكر جملة القفزان . وأما
إذا لم يذكر وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم .

(له) أي لأبي حنيفة (أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن) لأن جملة
القفزان غير معلوم ، فيكون ما يلزائها غير معلوم أيضاً . فإن قيل سلنا جهالتها ولكن
جهالة لا تقضي إلى المنازعة فينبغي أن لا يفسد البيع كما في الأعراض المشار إليها ، لأن كل
قفيز بدرهم فبعد ذلك لا يتفاوت أن يكون الصبرة مائة أو أقل أو أكثر . قلنا قد يفضي
إلى المنازعة ، لأن البائع يطالب المشتري بالثمن أولاً ، والثمن غير معلوم فيعجز عن تسليم
الثمن ، وكذا البائع يعجز عن تسليم المبيع لعدم عرفانه قدر المبيع فيتنازعا (فيصرف
إلى الأقل) أي يصرف البيع إلى الأقل (وهو) أي الأقل (معلوم) أي معلوم القدر والثمن
وجاز لإفراده من الجملة لعدم الضرر لأحد صيانة لكلاميهما عن الإلغاء بقدر الإمكان (إلا
أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان) بأن يقول بمئة هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز
بدرهم فيصح حينئذ ويقع البيع على جميعها (أو بالكيل) أي أو تزول الجهالة بكيل
الصبرة (في المجلس) قيد به لأنه إذا كان بعد الإفتراق منه لا يصح ، لأن ساعات المجلس

(١) قوله : لجهالة المبيع والثمن جهالة قد تقضي إلى المنازعة ، لأن البائع يطالب من
المشتري قبض والثمن غير معلوم ، وهذا لا يعرف ما لم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن
وذلك إنما يكون عند عرفان قدر المبيع فيتنازعا .

ولهما أن الجهالة بيدهما إزالتها^(١) ومثلها غير مانع ، كما إذا باع
عبداً من عبيدين على أن المشتري بالخيار ،

جعلت كساعة واحدة ، فالعلم فيه كالعلم في حالة العقد ، أما لو افترقا تقرر الفساد فلا
ينقلب جائزاً .

فإن قيل يشكل بما إذا كان الفساد بأجل مجهول أو بشرط خيار أربعة أيام ، فإنه
ينقلب جائزاً برقع المفسد بعد الإفتراق عن المجلس . قلنا الفساد ثبت لم يتمكن في صلب
العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس ، فإن أثر الفساد هناك لا يظهر في الحال بل يظهر عند
دخول اليوم الرابع وامتداد الأجل إليه .

(ولهما) أي لأبي يوسف ومحمد (أن الجهالة بيدهما إزالتها) أي إزالة الجهالة بأن
يكيلا الصبرة في المجلس فلا يفضي إلى المنازعة (ومثل ذلك غير مانع) أي مثل المذكور
من الجهالة غير مانع عن صحة العقد . وفي بعض النسخ ومثلها غير مانع ، أي ومثل
الجهالة الغير المفضية إلى المنازعة غير مانع ، ونظر لذلك بقوله (كما إذا باع^(٢) عبداً من
عبيدين على أن المشتري بالخيار) إن شاء أخذ هذا وإن شاء أخذ ذلك ، فلماذا أخذ أيها
شاء ارتفعت الجهالة فكذا هنا .

(١) قوله : بيدهما إزالتها فإنها ترتفع بكييل كل منهما ، فلإن قدر المبيع كما يعلم
بكييل البائع فكذلك يعلم بكييل المشتري ، فكان إزالة الجهالة بيدهما . وقيد بقوله
بيدهما احترازاً عن البيع بالرقم ، فإنه لا يجوز لأن إزالتها إما بيد البائع إن كان هو
الراقم أو بيد الغير إن كان غيره على كل حال فالمشتري لا يقدر على إزالتها كذا
في العناية .

(٢) قوله : إذا باع ... الخ وأجيب لأبي حنيفة رحمه الله أن القياس فيه الفساد
أيضاً ، إلا أنا جوزناه استحساناً بالنص ، ومعناه أنه في معنى ما ورد به النص على ما
سيأتي ، فيكون ثابتاً بدلالة النص ، والاستحسان بالنص لا يتعدى إلى غيره فلهذا لم
يجوزه أبو حنيفة رحمه الله فيما نحن فيه قياساً واستحساناً .

ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فلمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه، وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزاتها لأنه علم بذلك الآن فله الخيار . كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع . ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة،

(ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فالخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه ^(١)) أي على المشتري ولا خيار للبائع ، وإن تفرقت الصفقة عليه أيضاً ، لأن التفرق جاء منه وهو امتناعه عن تسمية جملة القفزات ، أو الكيل في المجلس فيكون راضياً به (وكذا إذا كيل في المجلس) أي وكذا الخيار للمشتري إذا كيل المذكور من الصبرة في المجلس (أو سمى جملة قفزاتها) بأن قال بعتك هذه الصبرة مائة كل قفيز بدرهم فلمشتري الخيار أيضاً (لأنه علم بذلك الآن فله الخيار) لأنه ربما كان في حدمه أو ظنه أن الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج إليه فزادت ، وليس له في الثمن ما يقابله ، ولا يمكن أخذ الزوائد مجاناً وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشتري في مكان آخر ، وهل يوافق أم لا ، فإذا كان كذلك فله الخيار لأنه يصير (كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع) فيثبت له الخيار . وقال تاج الشريعة والجواب لأبي حنيفة من بيع عبد من عبيدين أن القياس فيه الفساد فيه أيضاً إلا أنا جوزناه استحساناً بالنص .

(ومن باع قطيع غنم) أي طائفة منه ، وكذا من البقر . وفي المغرب القطيعة الطائفة (كل شاة بدرهم) يجوز في لفظ كل الرفع والنصب ، أما الرفع فعلى الإبتداء تقديره كل شاة سميت بدرهم ، وأما النصب فيحتمل أن يكون بدلاً من القطيع بدل البعض عن الكيل (فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة) وهذه المسألة ذكرها القدوري ولم يذكر

(١) قوله : لتفرق الصفقة عليه هذه المسئلة مجتهد فيها لا يعرف حكمها كل فقيه فكيف العاصي ، فإذا لم يكن المشتري عالماً بأن القيد واقع على قفيز واحد قد علم الآن يثبت الخيار عند العلم .

وكذلك من باع ثوباً مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان .
وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا ، وعنده
ينصرف إلى الواحد لما بينا ، غير أن يبيع شاة من قطيع وذراع من
ثوب لا يجوز للفاوت ويبع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت ،
فلا تفضي الجهالة إلى المنازعة فيه وتفضي إليها في الأول فوضح الفرق .

فيها الخلاف والمصنف ذكره (وكذا من باع ثوباً مذارعة) أي بشرط الذرع ، كذا قاله
الأترازي والكاكي ، ولكن هذا اللفظ من باب المفاعلة ، فالمعنى من باع ثوباً على أنه
والمشتري يذارعانه مذارعة كل ذراع بدرهم ، ولم يسم جملة الذرعان بضم الذال جمع
ذراع وكذا فسد البيع إذا باع (كل معدود متفاوت) أي متفاوت في القيمة كالبطيخ
والرمان والسفرجل والخشب والأواني ، ولم يسم جملة العدد هذه المسألة على
ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يبين جملة الذرعان ، وقال بعده كل ذراع بدرهم ولم يبين جملة الثمن
فهو جائز ، لأن المبيع معلوم وجملة الثمن معلومة لبيان الذرعان .

الثانية : أن يبين جملة الثمن لا المبيع ، وقال بعده كل ذراع بدرهم فهو أيضاً
جائز ، لأنه لما بين جملة الثمن وسمي لكل ذراع درهماً صار جميع الذرعان معلوماً .

والثالثة : أن لا يبين جملة المبيع ولا جملة الثمن ، وقال بعده كل ذراع بدرهم فهي
مسألة الكتاب ذكرها في النهاية أي عند أبي يوسف ومحمد .

(يجوز في الكل) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله (لما قلنا) وهو أن
إزالة الجهالة بيدهما (وعنده) أي وعند أبي حنيفة (ينصرف إلى الواحد لما بينا) وهو
قوله ينصرف إلى الأقل وهو معلوم (غير أن يبيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز
للتفاوت ويبع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة إلى المنازعة فيه
وتفضي إليها) أي وتفضي الجهالة إلى المنازعة (في الأول) وهو يبيع شاة من قطيع وذراع من ثوب
(فوضح الفرق) أي ظهر وانكشف وهو أن الأقل هو الشاة الواحدة من قطيع والذراع من

قال ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار، وإن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام، فلم يتم رضاه بالموجود، وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين، والقدر ليس بوصف

ثوب لم يصرف إليه للتفاوت والقفيز الواحد من صبرة يصرف إليه لعدم التفاوت، وهو الفرق . القدوري .

قال أي القدوري (ومن ابتاع صبرة) أي من اشتراها (على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل) أي من المائة وفي بعض النسخ أقل من ذلك (كان المشتري) بكسر الراء (بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه) أي على المشتري (فلم يتم رضاه بالموجود) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم (وإن وجدها أكثر) أي وإن وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز (فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين^(١)) وهو مائة قفيز (والقدر ليس بوصف) أي القدر الزائد

(١) قوله : لأن البيع وقع على مقدار معين ، لكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره ، إلا إذا كان وصفاً ، والقدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف ، فالبيع لا يتناول واختلف المشايخ بين الفرق والأصل أي القدر قليل أن ما يتعيب بالتبويض والتنقيص ، فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل . وقيل الوصف ما لوجوده تأثير في تقوم غيره ، وبعدمه تأثير في نقصان غيره . والأصل ما ليس كذلك . وقيل ما يكون تابعاً لشيء غير منفصل عنه ، وإذا فصل فيه يزيده حسناً وكما لا فهو وصف ، وما ليس كذلك فهو أصل وزبدة الكل أن القلة والكثرة في المكيلات والموزونات أصل والزراع في المزروعات وصف ، ألا ترى أنه إذا انتقص قفيز من مائة قفيز لا يتعيب الباقي ، بل يشتري بالثمن الذي كان بحصته مع القفيز الواحد والذراع الواحد من الثوب أو الدار إذا فات لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه ، فإن الثوب العبائي إذا كان خمسة عشر ذراعاً ويشتري بخمسة دنانير فإذا انتقص خمسة أذرع فيه لا يشتري الباقي بعشرة دنانير .

ومن اشترى ثوباً على انه عشرة أذرع بعشرة أو أرضاً على انها
مائة ذراع بمائة فوجدها أقل فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجملة
الثنى ، وإن شاء ترك لأن الذراع وصف في الثوب ،

على المقدار المعين ليس بوصف ، فالبيع لا يتناوله فكان للبائع .
واعلم ان المشايخ ذكروا في الفرق بين القدر وهو الأصل والوصف حددوا فقيلاً كل
ما يتعيب بالتنقيص والتشقيص فهو وصف ، وما لا يتعيب بها فهو أصل . وقيل ما
يكون وجوده جهة في تقوم نفسه وغيره وعدمه جهة في نقصان نفسه ، وغيره فهو وصف
وما لا يكون بهذه المثابة فهو أصل فيخرج على هذا المكيلات والموزونات والمزروعات ،
فان المكيل لا يتعيب بالتنقيص والمزروع يتعيب ، والطول والعرض يزيد في قيمة نفسه
وغيره ، بخلاف المكيل والموزون ، فان صبرة الأقفزة إذا انتقص منها قفيز يشتري
الباقى بالثنى الذي يخصه مع القفيز والذراع الواحد إذا فات لا يشتري الباقى بالثنى الذي
كان يشتري معه .

وقال الكاكي وثمرة كون الذرع وصفاً والقدر أصلاً يظهر في مواضع منها ما ذكر
في الكتاب وهو أنه إذا وجده زائداً فهو للبائع ، ومنها انه لا يجوز للمشتري التصرف في
المبيع قبل الكيل والوزن إذا اشتراه بشرط الكيل . وفي المذروع يجوز له التصرف
قبل الذرع سواء ، اشتراها مجازفة أو على أنه عشرة أذرع ، لأنه لما كان وصفاً لا يكره
اختلاط البيع بغيره ، فيجوز التصرف له قبل الذرع ، لأن الكل له سواء نقص أو زاد ،
بخلاف المكيل والموزون لأن الزائد أصل لا تبع ، فيلزم الاختلاف ، فلا يجوز التصرف
قبل الكيل أو الوزن ومنها أن يبيع الواحد للآخرين لا يجوز في المكيلات والموزونات .
وفي المذروعات يجوز لأن الزيادة لما كانت أصلاً وكانت شيئاً يعتد به فلا يجوز بدون
المساواة في الأموال الربوية ، بخلاف المذروع فلم يعتبر زيادة مائة لكونه تبعا .

(ومن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضاً) أى أو اشترى أرضاً (على
أنها مائة ذراع بمائة فوجدها أقل ، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن ، وإن
شاء ترك ، لأن الذراع وصف في الثوب) لما بينا من ظهور أمانة الوصفية ، والتبعية فيه

ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من
الثمن كأطراف الحيوان ، فهذا يأخذه بكل الثمن ، بخلاف
الفصل الأول ،

دون غيره من زيادة القوة بزيادته ونقصانها بنقصانه ولعدم تمكن أفرادها من الجملة ، حتى
لو باع ذراعاً من ثوب لم يجز ، لأن المقصود من الثوب هو التزين واللبس لا يحصل بذراع
بخلاف القفيز من الصبرة (ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض) هذا توضيح لكونه
بمنزلة الوصف .

فان قيل الاستدلال بهذا على أن الذرع وصف غير مستقيم ، فان الطول والعرض كما
هو وصف فكذلك القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن أيضاً ، وصف يقال شيء
قليل وكثير ، فلم يكن القفيز الزائد هناك وصفاً . قلنا بل أن القلة والكثرة من حيث
الكيل والوزن كان أصلاً ومن حيث الذرع ، كان وصفاً لدخولها تحت الحدود التي ذكرنا
في التفرقة بين الأصل والوصف ، فانه زيادة شبر واحد مثلاً على العشرة يوجب زيادة قيمة
العشرة ، مع أن وصف القلة والكثرة حصل به ، لأن الكثرة بكثرة الدخول بخلاف
الذرع ، فان زيادته توجب زيادة قيمته لم يكن لها بدون ذلك الذرع ، وهذا متعارف بين
التجار فكان الذرع وصفاً .

(والوصف لا يقابله شيء من الثمن) إلا إذا كان مقصوداً بالتناول حقيقة ، كما في
إذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض يسقط نصف الثمن أو حكماً لحق البائع ، كما
إذا حدث عيب آخر عند المشتري أو لحق الشارع ، كما إذا خاط المشتري الثوب المبيع
ثم اطلع على عيب يكون للوصف قسط من الثمن (كأطراف الحيوان) يعني إذا اشترى
جارية فاعورت عند البائع لا ينتقص شيء من الثمن . وكذا المشتري باعها مراجعة إذا
أعورت بعدما قبضها بدون البيان ، وسيجيء ذلك في باب المراجعة إن شاء الله تعالى .

(ولهذا) إيضاح لقوله والوصف لا يقابله شيء من الثمن (يأخذه بكل الثمن) أي
يأخذ ذاك الثوب الذي اشتراه على أنه عشرة أذرع فوجده أقل ، فانه يأخذه بجملة الثمن
إن شاء كما مر الآن (بخلاف الفصل الأول) وهو فصل الكيل فإنه يأخذ الموجود

لأن المقدار يقابله الثمن ، فلماذا يأخذه بحصته إلا أنه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ، ولا خيار للبائع لأنه صفة فصار بمنزلة ما إذا باعه معيماً فإذا هو سليم . ولو قال بعثتها على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن ، وإن شاء ترك ، لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بأفراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ،

بحصته من الثمن (لأن المقدار يقابله الثمن) لأنه ليس بوصف (ولهذا) أى ولكون المقدار لا يقابله شيء من الثمن (يأخذه بحصته) من الثمن (إلا أنه يتخير) استثناء من قوله ، أى إلا أن المشتري خير بين الأخذ والفسخ (لفوات الوصف المرغوب فيه) وفي نسخة شيخنا لفوات الوصف المذكور ، ثم كتب تحته أى المذكور في هذه المسألة في الفصل الأول (لتغير المعقود عليه فيختل الرضا) أى وضى المشتري .

(وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ، ولا خيار للبائع لأنه صفة) ، أى لأن الذراع صفة ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن (فكان) نظير هذا (كما إذا باعه معيماً) بأن باع عبداً على أنه أعمى (فإذا هو سليم) أى فإذا العبد وجد سليماً أى بصيراً ، حيث لا خيار فيه (ولو قال بعثتها) يعني الثياب والمذروعات كذا في النهاية . وقال الأكمل فيه نظر ، لأن المبيع إذا كان ثياباً لم تكن هذه المسألة ، والأولى أن يقال بعني الأرض . وقال الأتوازي أى بعث الأرض والثياب (على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن ، وإن شاء ترك لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بأفراده بذكر الثمن ، فنزل كل ذراع منزلة ثوب) وهذا معنى قولهم أن الوصف يقابله شيء من الثمن ،

وهذا لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن أخذاً لكل ذراع بدرهم
وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم ،
وإن شاء فسخ البيع لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة
الثمن ، فكان نفعاً يشوبه ضرر فيتخير ،

إذا كان مقصوداً بالتناول .

فإن قيل لو صار كل ذراع بمنزلة ثوب ينبغي أن يفسد البيع إذا وجدها زائدة كما لو
قال بعتك هذه الرزمة على أنها خمسون ثوباً كل ثوب بعشرين درهم ، فوجدها زائدة فالبيع
قاسد ، وكذا لو اشترى عدلاً على أنه كذا ثوباً ذكر ثمناً أن المشتري بالخيار . قلنا الفرق
بينهما ما بينا أن في الذرع جهة الوصفية والأصلية ، فمن حيث أنه أصل لا نسلم له الزيادة
بغير عوض ومن حيث أنه وصف يكون بعض الذرعان تابعاً للبعض ، فلا يفسد ، وأما
بعض الثياب لا يكون تبعاً للبعض فيبقى المبيع مجهولاً يحالته تقضي إلى المنازعة ، لأن
الثياب مختلفة كذا في جامع قاضي خان .

فإن قيل لو كان أصلاً على تقدير الأفراد بذكر الثمن يجب أن يتمتع دخول الزيادة في
العقد كما في الصبرة ، وقد جوز أخذ الجميع بحكم البيع في هذه المسألة . قلنا الفرق بينهما
هو أن الزيادة لو لم تدخل في العقد يفسد العقد ، لأنه يصير بعض ما مر الثوب وأنه لا
يجوز بخلاف الصبرة ، لأنها لو لم تدخل لا يفسد العقد ، كذا في الفوائد الظهيرية .

(وهذا) أي أخذها بحصتها من الثمن إنما هو (لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن)
أي المشتري (أخذ كل ذراع بدرهم) وهو لم يبيع إلا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم ،
لأن كلمة على تأتي بمعنى الشرط (وإن وجدها زائدة) عطف على قوله فوجدها ناقصة
(فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم ، وإن شاء فسخ البيع ، لأنه إن حصل
له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعاً يشوبه ضرر) لأن الزيادة نفع ، ولزوم
الثمن بإزائها ضرر ، فإذا كان كذلك (فيتخير) بين أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وبين

وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلاً ، ولو أخذه بالأقل لم يكن
 أخذاً بالمشروط . ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار
 أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ، وقالوا هو جائز ، وإن اشترى
 عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً . لهما أن عشرة أذرع من
 مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة أسهم . وله أن الذراع اسم لما
 يذرع به واستعير لما يحله الذرع ، وهو المعين دون المشاع ، وذلك
 غير معلوم بخلاف السهم .

الفسخ (وإنما يلزمه الزيادة) أي زيادة الثمن (لما بينا أنه صار أصلاً) مشروطاً (ولو
 أخذه بالأقل لم يكن أخذاً بالمشروط) وهو أن يكون كل ذراع بدرهم .
 (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة
 رضي الله عنه . وقالوا هو جائز) وبه قال الشافعي رضي الله عنه ويعني بقوله وقالوا هو جائز
 إذا كانت الدار كلها مائة ذراع ، هكذا ذكر الصدر الشهيد والإمام الزائد العتاي في
 شرحيهما للجامع الصغير . ولو كانت أقل من مائة لا يجوز بالإجماع .
 (وإذا اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً لهما) أي لأبي يوسف
 ومحمد (أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة أسهم) أي في كونها عشرأ
 فتخصيص الجواز بأحدهما تحكم (وله) أي ولأبي حنيفة (أن الذراع اسم لما يذرع به)
 في الحقيقة وإرادة الحقيقة هنا متعذرة فيكون المراد ما يحله الذراع وتجاوزه مجازاً
 باطلاق اسم الحال على المحل ، وهو معنى قوله (واستعير لما يحله الذراع) يعني استعير
 للموضع الذي يحمل ذلك الخشب فيه لأن المبيع المحل لا الخشب (فهو المعين) أي ما يحله الذراع
 هو المعين ، فكان المسمى في العقد جزءاً معيناً (دون المشاع) يعني المشاع ليس كذلك
 (وذلك غير معلوم) أي ما يحله الذراع غير معلوم موضعه لا يدري من أي جانب هو ،
 فيبطل العقد (بخلاف السهم) فانه أمر عقلي لا يقتضى محلاً حسياً ، فيجوز أن يكون
 في المشايخ فالجهالة لا تقضى إلى المنازعة .

ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح ، خلافاً لما يقوله الخصاص لبقاء الجهالة . ولو اشترى عدلاً على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع ، لجهالة المبيع أو الثمن .

(ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح) يعني لا فرق بين ما إذا علم جملة الذرعان ، كما إذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار ، وهو الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز (خلافاً لما يقوله الخصاص) وهو أبو بكر أحمد بن عمرو من كبار العلماء المتقدمين ، وله تصانيف كثيرة ، وكان معاصراً مع الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران رحمه الله استاذ أبي جعفر الطحاوي رحمه الله تعالى . والخصاص يقول إن الفساد إنما هو عند جهالة جملة الذرعان ، وأما إذا عرفت مساحتها فإنه يجوز جعل هذه المسألة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم إذا كان جملة الشياه معلوماً ، فإنه يجوز عنده (لبقاء الجهالة) دليل قوله ولا فرق عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، يعني أن جملة ذرعان الدار وإن عرفت لا يعلم موضع عشرة أذرع من مائة ذراع منها فبقيت الجهالة .

(ولو اشترى عدلاً) عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل . وقال الاترازي العدل العلم إذا عدل بمثله (على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة) أي فظهرت أنها تسعة أثواب (أو أحد عشر) أي أو ظهر أنه أحد عشر ثوباً (فسد البيع) أما إذا زاد فهو (لجهالة المبيع) لأن الزائد لم يدخل تحت العقد ، فيجب رده ، والأثواب مختلفة وكان البيع مجهولاً جهالة تقضى إلى المنازعة وأما إذا نقص فلو جوب حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة ، لأنه لا يدري أنه كان جيداً أو وسطاً أو رديئاً ، وحينئذ لا يدري قيمته بيقين ، حتى يسقط . فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فساده ، وإلى هذا أشار بقوله (أو الثمن) أي فسد البيع لجهالة الثمن في صورة النقصان .

ولو بين لكل ثوب ثمناً جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار، ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبعة. وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضاً، وليس بصحيح، بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنها هرويان فاذا أحدهما مروى وحيث لا يجوز فيهما، وإن بين ثمن كل واحد منهما لأنه جعل القبول في المروى شرطاً للعقد في الهروي، وهو شرط فاسد

(ولو بين لكل ثوب ثمناً) بأن يقول كل ثوب بدرهم (جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار) أي للمشتري الخيار إذا بين لكل ثوب إن شاء أخذ بحصته من الثمن، وإن شاء ترك (ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبعة) لأن العقد يتناول العشرة فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول ويجهالته يصير المبيع مجهولاً .

(وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضاً) أي قال البعض من مشايخنا أن البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقصان أيضاً، لأنه جمع بين المعدوم والموجود في خفته فكان قبول البيع في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما إذا جمع بين حر وعبد في صفقة، وسمي لكل واحد ثمناً، فانه لا يجوز البيع عنده في القن، خلافاً لها كذلك هنا. وكما لو اشترى هرويين فاذا أحدهما مروى فإن العقد فاسد عنده قال المصنف (وليس بصحيح) أي عدم الجواز في فصل النقصان غير صحيح. وقال الاترازي أي ما قيل إن عند أبي حنيفة لا يجوز البيع في فصل النقصان ليس بصحيح، لأن ثمن كل ثوب معلوم قطعاً، فاذا نقصت يكون باقي الثمن معلوماً لا محالة .

(بخلاف ما إذا اشترى ثوبين) هذا جواب عما استدل به بعض المشايخ فيما قالوا بمسألة من اشترى ثوبين فاذا أحدهما مروى على ما ذكرنا فقال المصنف هذا الذي نحن فيه لا يشبه هذه المسألة، وبين ذلك بقوله بخلاف ما إذا اشترى ثوبين (على أنها هرويان فاذا أحدهما مروى حيث لا يجوز فيهما، وإن بين كل واحد منهما، لأنه جعل القبول في المروى شرطاً لجواز العقد في الهروي وهو شرط فاسد) لأن المروى غير مذکور

ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا . ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه
عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة
ونصف . قال أبو حنيفة في الوجه الأول يأخذه

في العقد ، فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد ، فكان فاسداً ببيانه انه شرط لقبول المبيع
قبول ما ليس بمبيع ، وإنه مفسد للبيع لكونه مخالفاً لمقتضى العقد ، وهذا لا يوجد
ها هنا ، فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم وهو معنى قوله (ولا قبول يشترط في
المعدوم) ولا قصداً يراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه ، وإنما قصداً يراده على
الموجود فقط ، ولكنه غلط في العدد .

وهروي بفتح الراء ومروى بسكونها . قال الكاكي منسوب إلى هراة ومرو هما
قريتان بخراسان وتبعه الأكمل على ذلك . قلت هذا عجيب منهما ، فان هراة مدينة عظيمة
مشهورة بخراسان ، قاله في المشترك . ومرو مدينة قديمة يقال انها من بناء طحمورث
وقال في المشترك ايضاً مدينة عظيمة بينهما وبين كل واحد من نيسابور وهراة وبلغ
وبخارى اثني عشر يوماً .

(فافترقا) أي شرار العدل على انه عشرة أثواب بمائة كل ثوب بعشرة فاذا هو
تسعة ، وشراء الثوبين على أنها هرويان فاذا احدهما مروى افترقا ، حيث جاز البيع في
الأول دون الثاني . وقال الكاكي حاصل الفرق بينهما هو أن الشيثين الموصوفين بوصف
اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطاً لصحة العقد في الآخر بذلك
الوصف ، فإذا انعدم ذلك الوصف كان فاسداً بالنظر إلى انعدام ذلك الوصف . وأما إذا
كان أحدهما معدوماً بذاته ووصفه لم يكن هذا داخلاً في نفس العقد حتى يكون قبوله شرطاً
لصحة العقد في الآخر .

(ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف
أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رضي الله عنه يأخذه في وجه الأول) أي يأخذ الثوب في

بعشرة من غير خيار ، وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء .
وقال أبو يوسف رحمة الله عليه في الوجه الأول يأخذه
بأحد عشر إن شاء وفي الثاني يأخذه بعشرة إن شاء . وقال محمد رحمه الله في
الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لأن من
ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها
ولأبي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع ببديل نزل كل ذراع منزلة
ثوب على حدة وقد انتقص . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف
في الأصل وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو

الأول ، وهو فيما ظهر عشرة ونصف (بعشرة) ويسلم له النصف مجاناً (من غير خيار)
متعلق بقوله يأخذه .

(وفي وجه الثاني) وهو فيما إذا ظهر أنه تسعة ونصف (يأخذه بتسعة إن شاء) يعني
له الخيار (وقال أبو يوسف في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء) يعني له الخيار
(وفي الوجه الثاني يأخذه بعشرة إن شاء) يعني له الخيار .

(وقال محمد في الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء ، وفي الثاني بتسعة ونصف
ويخير) يعني له الخيار في الوجهين (لأن من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه
بنصفه فيجزىء عليه حكمها) من التجزية وفي بعض النسخ فيجرى عليه ، أي على النصف
حكم المقابلة ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع .

(ولأبي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع ببديل نزل كل ذراع بمنزلة ثوب على حدة وقد
انتقص) والثوب إذا بيع على أنه كذا ذراعاً فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ،
ولكن يثبت له الخيار .

(ولأبي حنيفة أن الذراع وصف في الأصل) لا يقابله شيء من الثمن (إنما أخذ حكم
المقدار) وهو الكيل والوزن (بالشرط) بأن قال كل ذراع بدرهم (وهو) أي الشرط

مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل وقيل في الكرباس
الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط ،
لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل ، وعلى هذا قالوا يجوز
بيع ذراع منه .

(مقيد بالذراع فعند عدمه) أي عدم الشرط ، وهو ما إذا كان أقل من الذراع (عاد
الحكم إلى الأصل) وهو الوصف وصارت العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة ،
والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة ، كذا ذكره فخر الإسلام .

(وقيل في الكرباس) أشار بهذا إلى أن هذه الأقوال الثلاثة في الثوب الذي يتفاوت
كالقميص والسراريل والعائم والأقبية ، أما في الثوب (الذي لا تتفاوت جوانبه)
كالكرباس الذي لا تتفاوت جوانبه (لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لأنه) أي
لأن الكرباس (بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل) بالصناديق المهمة ، أي المقطع وإن
كان متصلاً ببعضه ببعض لكن ليس في الفصل ضرر كالموزون ، فلا يتمكن فيه الضرب
لسبب بمنزلة البعض عن البعض ، فيصير كل ذراع أصلاً كالقفيز والكرباس يكسر
الكاف فارسي معرب ، والجمع الكرابيس (وعلى هذا قالوا) أي المشايخ (يجوز بيع
ذراع منه) وإن لم يعين موضعه كما في الحنطة إذا باع قفيزاً منها حيث يجوز ، كذا في
الذخيرة . وعند الشافعي رضي الله عنه لو قال بعث قفيزاً من هذه الحنطة يجوز لقولنا
وعن أنفال من أصحابه إذا لم يعلم مبلغ قفيزان بصبرة لا يصح ، وقد خالف نص الشافعي
كذا في الحلية .

★ ★ ★

فصل

ومن باع داراً دخل بناؤها في البيع ، وإن لم يسمه لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ، ولا تنفصل اتصال قرار فيكون تبعاً له . ومن باع أرضاً دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه ، لأنه متصل به للقرار لشبه البناء ، ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية ، لأنه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه

(فصل)

أي هذا فصل في بيان ما يدخل تحت البيع من غير ذكره وما لا يدخل وما يلحقهما (ومن باع داراً دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه ، لأن اسم الدار يتناول العرصة) كل بقعة ليس فيها بناء فهي عرصة (والبناء في العرف) قيد به لأنه بحسب اللغة لا يتناول البناء ، وقد ورد في الإيمان أن البناء في مسألة اليمين حتى لو دخل العرصة بعد انهدام البناء يحنث ، ولكن المطلق من الألفاظ يتصرف إلى المتفاهم في العرف ، ولا يفهم في العرف من بيع الدار بيع عرستها لأبنائها بل بيعها جميعاً .

(ولأنه متصل به) أي ولأن البناء متصل بالعرصة ذكر الضمير باعتبار المكان (اتصال قرار فيكون تبعاً له) أي للعرصة باعتبار المكان أيضاً وفي نسخة شيخي تابعاً لها ، وكذلك قوله متصلاً بها على الأصل ، فلا يحتاج إلى التأويل ويدخل السلم المتصل والغلق المركب والحجر الأسفل من الرحى ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم . وكذلك يدخل الحجر الأعلى عندنا وبه قال الشافعي رحمه الله في الأظهر ، ولا يدخل القفل ومفتاحه والباب الموضوع بالاتفاق .

(ومن باع أرضاً دخل ما فيها من النخل والشجر في البيع وإن لم يسمه ، لأن) أي لأن الشجر (متصل به) أي بالأرض على تأويل المكان (للقرار فأشبه البناء) فيكون تبعاً له (ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه) أي لأن الزرع (متصل به) أي بالأرض (للفصل) يعني ليس اتصاله للتأيد ولرفعه غاية معلومة (فشابه المتاع الذي فيه)

أي في الأرض فلم يدخل في المبيع إلا بالشرط ، ونوقص بالحمل ، فانه متصل باللام للفصل ويدخل في بيع الأم . والجواب أنه غير وارد على التفسير المذكور ، فإن البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الأم .

وفي الخلاصة والقطن فاختلف المشايخ رحمهم الله فيه والصحيح انه لا يدخل ، وأما الكتان إن كان ظاهراً فلا يدخل ، وإن كان معيماً فالصحيح أنه يدخل ، ثم قال أما الأشجار إن كانت بحال تقطع في كل ثلاث سنين ، وإن كانت تقلع من الأصل يدخل تحت البيع وهو الشجر الصغير الذي لا يباع في السوق في الربيع ، وإن كانت تقطع من وجه الأرض فالصحيح إنها تدخل تحت البيع ، أيضاً من ذكر مثمرة كانت أو غير مثمرة صغيرة أو كبيرة للحطب أو لغيره ، وفيه اختلاف المشايخ ، واختار الولوالجي في فتاواه أنها لا تدخل لأنها بمنزلة الثمر . وفي الفتاوى الصغرى قال مشايخنا إن كان شجراً يفرس للقطع لا للبقاء كشجر الحطب وغيره لا تدخل لأنها بمنزلة الذرع . وفي الخلاصة وشجرة الخلاف والمغرب للمشتري ، وكذا كل ما كان له ساق ولا يقطع أصله حتى كان شجر أو أصل الآس والزعفران للبائع والقصب في الأرض كالثمرة والرطبة التي يقال لها سبيت كالتمر . وأما عروقها فتدخل في المبيع وقوام الخلاف يدخل في البيع وقوام الباذنجان كذلك ، ذكره الإمام السرخسي والإمام الفضلي جعل قوائم الخلاف كالتمر بلغ أو انقطع ولا قال وبه يفتى . قال الولوالجي في فتاواه رجل اشترى كرمًا فيه ورق التوت والورد ، ولا يدخل ذلك في البيع ، لأنه بمنزلة الثمر . وفي المجتبى يدخل في بيع الدار المخرج والمربط والمطبخ والبئر ويكرتها دون الحبل والدلو ، إلا إذا قال مرافقها فيدخلان .

وقال الشافعي رضي الله عنه ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الأرض والدار إلا بذكر الحقوق ونحوها ، وكذا في الإقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان في الإجارة والقسمة والرهن والوقف وفي جمع البخاري رحمه الله أراد بالطريق الذي لا يدخل في بيع الدار بلا ذكر الطريق الخاص في ملك إنسان ، أما الطريق إلى الطريق الأعظم أو إلى سكة غيرها فهذا يدخل بلا ذكر ، وكذا حق لسيل الماء وحق القاء الشلخ في ملك خاص

ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمرة فشمرته للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضاً فيها نخل فشمره للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع ، ولأن الإتصال وإن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزراع ، ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع ، وكذا إذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع ، فكان عليه

لا يدخل بلا ذكر الحقوق والمرافق ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه . وفي فتاوى قاضي خان والبستان الذي في الدار يدخل . وقيل إن كان من الدار يدخل وإلا فلا . وفي جمع البخاري باع داراً لفنائها لم يصح كما إذا جمع بين حر وعبد في بيع الحافوت يدخل الواحة ، وإن لم يقل بمنافعه . وفي جمع البخاري كدور القصارين والصباغين واجاحين^(١) الفساليين وخوابي الزيتين ودنائهم ، وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت في الأرض لا يدخل ، وإن قال بحقوقها .

(ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمرة فشمرته للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع) أي المشتري (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ . واخرج الأئمة الستة في كتبهم عن سالم بن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال من باع عبداً له سأل فباله للبائع إلا أن يشترط المبتاع . ومن باع نخلاً مؤبداً فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع .

(ولأن الإتصال) أي اتصال الثمر بالشجر (وإن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزراع) حيث لا يدخل في بيع الأرض (ويقال للبائع) يعني إذا لم تدخل الثمرة تحت بيع النخل والشجر يقال للبائع (اقطعها) أي قطع الثمرة (وسلم المبيع) للمشتري (وكذا) أي وكذا الحكم (إذا كان فيها) أي في الأرض (زرع) يؤثر البائع بحصاد الزرع وتسليم الأرض للمشتري (لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه)

(١) هكذا الكلمة في الاصل .

تفريغه وتسليمه ، كما إذا كان فيه متاع . وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع ، لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد . وفي العادة أن لا يقطع كذلك ، وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض من زرع قلنا هناك التسليم واجباً حتى يترك بأجر ، وتسليم العوض كتسليم المعوض .

أي على البائع (تفريغه) أي تفريغ ملك المشتري (وتسليمه) إلى البائع (كما إذا كان فيه) أي في ملك المشتري (متاع) بأنه باع أرضاً فيها متاعه أو حلاً عليه رحله يجب التفريغ والتسليم .

(وقال الشافعي رضي الله عنه يترك) أي على الشجر (حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع) يقال استحصد الزرع ، جاز له أن يحصد أي أن يقطع بالمنجل ، ويقول له قال مالك وأحمد هذا إذا أطلق البيع ولم يشترط القطع في الحال ، وفي وجيزهم قال الشافعي رضي الله عنه ليس لمشتري الأشجار أن يكلف البائع بقطع الثمار بل الإبقاء إلى أوان القطاف للعرف (لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد وفي العادة أن لا يقطع كذلك) أي أن لا تقطع الثمر قبل ظهور صلاحها (وصار) أي صار حكم هذا (كما إذا انقضت مدة الإجارة ، وفي الأرض زرع) حيث يؤخر إلى الحصاد .

(قلنا هناك) أي في الزرع (التسليم واجب حتى يترك بأجر وتسليم العوض) وهو الأجر (كتسليم المعوض) وهو الأرض .

فإن قيل ينبغي أن يجوز أن يستأجر البائع الأرض والشجر من المشتري إلى وقت الإدراك فيكون تسليم الأجرة تسليم الأرض والشجر دفعة للضرر عنه . قلنا كان القياس في الإجارة والمبيع القطع والتسليم إلا أن في صورة البيع وجد من البائع دلالة الرضاء بقطع الثمر والزرع قبل الإدراك ، وهو إقدامه على بيع الأرض والشجر مع علمه أن المشتري يطالبه بتفريغ ملكه عن ملك البائع وتسليمه إليه فارغاً عن حق الغير ، فلما وجد منه دلالة الرضاء بذلك لم يجب رعاية جانبه بتبقي الأرض والشجر على حكم ملكه بالإجارة ، بخلاف

ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح
ويكون في الحالين للبائع ، لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما
نبين ، فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر ، وأما إذا بيعت
الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه ، لأنه مودع

المستأجر فإنه لم يوجد منه بعد انقضاء مدة الاجارة فعل ما يدل على الرضاء بقطع الثمر
والزرع ، فوجب رعاية جانبه بتبقيّة الأرض على حكم ملكه بالإجازة ، وأما العادة فقير
مسلم ، ولئن سلمنا كان المشترك لأنهم كما يتركون حتى يستحصد الزرع يبيعون بشرط
القطع كذا في تعليقات البرغري .

(ولا فرق) قال الكاكي كأنه رد لقول الشافعي رضي الله عنه فإن عنده غير المؤبرة
للمشتري وقال الاترازي ولا فرق إلى آخره ، يتصل بقوله ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر
فثمرته ، للبائع يعني أن الثمر للبائع في الحالين يعني (بين إذا ما كان الثمر بحال له قيمة ،
أو لم يكن في الصحيح) احتراز به عن قول المشعري فإن قال إن لم يكن له قيمة
يدخل ، والصحيح أنه لا يدخل في الحالين . لأن بيعه يصح في أصح الروايتين ، وما
يصح بيعه منفرداً لا يدخل في بيع غيره ولا يلزم عليه البقاء فإن بيعه يجوز منفرداً مع
أنه يدخل في بيع الأرض تبعاً ، لأن البناء للقرار فيكون كجزء من أجزاء البيع . بخلاف
الثمر ، فإنه المفصل فلم يكن كجزء من أجزائه .

(ويكون في الحالين) أي في حال يكون له قيمة وفي حال لا يكون له قيمة يكون
(للبائع ، لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبينه) أشار به إلى ما ذكره بعد
تسعة خطوط بقوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها في الحال ، أو قد بدا جاز (فلا يدخل
في بيع الشجر بلا ذكر) يعني إذا كان الأمر كذلك لا يدخل الثمر في الشجر بلا ذكر .
(وأما إذا بيعت الأرض) قال الأكمل قوله وإذا بيعت الأرض معطوف على ولا فرق ،
يعني الثمر لا يدخل في البيع وإن لم يكن له قيمة ، وأما إذا بيعت الأرض (وقد بذر
فيها صاحبها) أي والحال أن صاحبها قد بذر في الأرض (ولم ينبت) أي والحال أنه لم
ينبت (بعد لم يدخل فيه) أي في البيع (لأنه) أي لأن البذر (مودع فيها) أي في

كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه ، وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن يناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنها ليسا منها ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها

الأرض (كالمُتاع) الموضوع فيها حيث لا يدخل (ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه) أي في البيع ، وهو قول أبي القاسم الصغار (وقد قيل يدخل) وهو قول أبي بكر الإسكافي . وفي الذخيرة هذا إذا لم يفسد البذر في الأرض ، فلو فسد وعفن فهو للمشتري ، لأن العفن لا يجوز بيعه على الأفراد فصار بمنزلة جزء من أجزاء الأرض ، فيدخل في بيع الأرض واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال ، إلا إذا بيع مع الأرض نصاً أو دلالة ، وهو قول الشافعي رضي الله عنه . وفي فتاوى الفضلي ولو عفن البذر في الأرض فهو للمشتري وإلا فهو للبائع ، ولو سقاء المشتري حتى نبت ولم يكن عفن عند البيع فهو للبائع والمشتري متطوع فيما فعل ، وكذا إذا نبت ولم يتقوم بعد (وكان) قال الأكمل وصح بعض الشارحين بتشديد النون . قلت أراد به الاترازي فإنه قال وكان هذا بتشديد النون (هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه) يعني فمن جواز بيعه (قبل أن يناله المشافر) وهو جمع مشفر البعير ، وشفته (والمناجل) جمع منجل بكسر الميم وهو ما يحصد به الزرع (ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنها) أي لأن الزرع والثمر (ليسا منها) أي من الحقوق والمرافق الحقوق جمع حق ، والمراد به هاهنا ما يثبت له من ذلك . والمرافق جمع مرفق بفتح الميم وكسر الفاء ، قال الجوهري والمرفق من الأمر ما ارتفعت به ومرافق الدار مسيل الماء أو نحوها .

(ولو قال بكل قليل وكثير) هذا يذكر للمبالغة في إسقاط حق البائع عن المبيع وما يتصل بالبيع والألفاظ في بيع الأرض المزروعة والشجرة المثمرة أربعة .

الاول: أن يقول بعث الأرض أو الشجر بكل قليل أو كثير (هو له) أي للبائع (فيها) أي في الأرض (ومنها) أي من الأشجار وقال شيخنا رحمه الله فيه لف ونشر ، لأن

من حقوقها ، وقال من مرافقها لم يدخلها فيه لما قلنا . وإن لم
يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلها فيه . أما الثمر المجذوذ
والزراع المحصود لا يدخل إلا بالتصريح به لأنه بمنزلة المتاع .

قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها

قوله فيها يرجع إلى الأرض التي فيها الزرع ، وقوله منها يرجع إلى الأشجار التي فيها الثمر
(من حقوقها) أي قال من حقوقها (أو قال من مرافقها لم يدخلها فيه) أي في الزرع
والثمر (لما قلنا) أشار به إلى قوله لأنها ليسا منهما .

والثاني : أن يقول بعت منك قليل أو كثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها وهو
معنى قوله (وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها يدخلون فيه) أي في البيع لمعوم
تمام اللفظ .

والثالث : أن يقول بعت الأرض والشجر ولم يزد على ذلك ، وقد تقدم
بيان ذلك .

والرابع : أن يقول بعت بحقوقها ومرافقها لا يدخلان لأن الحق في العادة يذكر لما
هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب والمرافق ، فإنه حقوقه وهو مخصوص
بالتوابع كسبل الماء والزرع والثمار ليس كذلك فلا يدخلان .

(أما الثمر المجذوذ) بذالين معجمتين ويجوز بمهملتين ، لأن كليهما بمعنى واحد وهو
المقطوع . قال الاترازي الأول بالإهمال تناسب بينه وبين المحصود ، وهو قوله (والزراع
المحصود لا يدخل إلا بالتصريح به) أي لا يدخل بمجرد قوله كل قليل وكثير هو له فيها ،
وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها (لأنه) أي لأن كل واحد من المجذوذ والمحصود
(بمنزلة المتاع) الموضوع فيها .

(قال) أي القدوري (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) لا خلاف للعلماء في بيع الثمار
بعد بدو الصلاح ، لكن الخلاف في تفسير بدو الصلاح ، فمنها ما هو أن يأمن المعاملة والفساد
ذكره في المبسوط . وعند الشافعي رضي الله عنه ظهور الصلاح بظهور الفتح ومبادئ
الحلاوة ، أما قبل بدو الصلاح إذا اشتراها مطلقاً يجوز عندنا ، وعند الشافعي ومالك
وأحمد رضي الله عنهم لا يجوز المبيع والبيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح يجوز فيما

أو قد بدا جاز البيع لأنه مال متقوم، إما لكونه منتفعاً به في الحال أو في الثاني، وقد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها، والأول أصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريعاً للملك البائع، وهذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع

يُنتفع به بالإجماع وبشرط الترك لا يجوز بالإجماع، وبيع الثمار قبل الظهور لا يجوز بالإجماع، وبعد الظهور على ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يبيعهما قبل صيررتها منتفعاً بها ، فان لم يصلح لتناول بنى آدم وعلف الدواب فقال شيخ الاسلام لا يجوز . وذكر القدوري في شرحه والاسيبحاني أنه يجوز وإليه أشار محمد في كتاب الزكاة في باب العشر والخراج في الجامع وهو الصحيح .

والثاني : ما إذا باعه بعدما صار منتفعاً به إلا أنه لم يتناه عظمه فالبيع جائز عند الكل إذا باعه مطلقاً أو بشرط القطع ، ولو باعه بشرط الترك لا يجوز في القياس ، وهو قولهما ويجوز في الاستحسان ، وهو قول محمد والشافعي ومالك وأحمد على ما سيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى .

وقال القدوري ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها (أو قد بدا جاز البيع) وقد روي عدم الجواز قبل بدو الصلاح والاول أظهر (لأنه مال متقوم أما لكونه منتفعاً به في الحال أو في المال) وفي بعض النسخ أو في الثاني أو ثاني الحال كبيع الحجر ومولود ولد من ساعته ومهر صغير . وفي قاضي خان لم يجوز عامة مشايخنا بيع الثمار قبل أن تصير منتفعة لنهاية عليه الصلاة والسلام عن بيعها قبل بدو الصلاح ، والمراد بالصلاح الانتفاع وقد قال الفضلي يجوز بيعها الظهور والنهي محمول على بيعها قبل ظهور صلاحها للانتفاع في الزمان الثاني .

(وقد قيل لا يجوز) وهو قول شمس الائمة السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زادة (قبل أن يبدو صلاحها والاول) أي جواز البيع في الحالين (أصح) كما قاله الإمام الفضلي واختاره المصنف (وعلى المشتري قطعها في الحال تفريعاً للملك البائع وهذا) إشارة إلى الجواز أي الجواز إنما يكون (إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع) أي إذا اشتراها

وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد ،
وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة وهو إعاره أو إجارة في بيع ،
وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا ، وكذا إذا تناهى عظمها عند
أبي حنيفة وأبي يوسف لما قلنا واستحسنه محمد للعادة بخلاف ما إذا لم يتناه
عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعلوم وهو الذي يزيد بمعنى من الأرض
أو الشجر . ولو اشتراها مطلقاً وتركها بإذن البائع طاب له الفضل ،

بشرط أن يقطعه (وإن شرط تركها) بأن قال اشتريت على أني أتركه (على النخيل فسد
البيع لأنه) أي لان شرط الترك شرط لا يقتضيه العقد (لان مطلق البيع يقتضي
تسليم الموقوف عليه (وهو) أي شرط الترك الذي لا يقتضيه العقد (شغل ملك
الغير أو هو) أي المبيع بشرط الترك (صفقة في صفقة) وقد ورد النهي عنها وفسرها
بقوله (وهو إعاره أو إجارة في بيع) أراد بها إجارة على تقدير أنها باجرة ، وإعارة
على تقدير أنها بلا أجرة فيكون إدخال صفقته التي هي للإجارة أو الإعاره في صفقة وهو
البيع . وقال مالك وفيه تأمل ، لان ذلك وإنما يكون صفقة إن جاز إعاره الاشجار أو
إيجارها وليس كذلك ، نعم هو مستقيم فيما إذا باع الفرس بشرط الترك فان إيجارها أو
إيجارها جائزة فيلزم صفقة في صفقة .

(وكذا بيع الزرع بشرط الترك) أي وكذا يفسد البيع بشرط ان يقول المشتري
اشتريته على أني أتركه إلى وقت الحصاد (لما قلنا) أشار به إلى قوله أنه شرط لا يقتضيه
العقد (وكذا) أي وكذا يفسد البيع (إذا تناهى عظمها) وشرط فيه الترك (عند أبي
حنيفة وأبي يوسف لما قلنا) أي لأنه شرط لا يقتضيه العقد (واستحسنه محمد) أي
استحسن محمد هذا العقد في هذه الصورة ، يعني لا يفسد البيع ، وبه قال الشافعي ومالك
وأحمد رضي الله عنهم (للعادة) أي لتعامل الناس من غير تكبر .

(بخلاف ما إذا لم يتناه عظمه) حيث يفسد (لانه شرط فيه الجزء المعلوم وهو
الذي يزيد بمعنى من الأرض أو الشجر) وهو تأثيرهما في الزيادة (ولو اشتراها مطلقاً)
يعني من غير شرط القطع والترك (وتركها بإذن البائع طاب له الفضل) أي الفضل له من

وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظوره ،
وإن تركها بعدما تنهى عظمها لم يتصدق بشيء ، لأن هذا تغير حاله
لا تحقق زيادة ، وإن اشتراها مطلقاً وتركها على النخيل وقد
استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لأن الإجارة
باطلة لعدم التعارف والحاجة ، فبقي الإذن معتبراً

غير كراهة (وإن تركها بغير إذنه) أي بغير إذن البائع (تصدق) أي المشتري (بما زاد
في ذاته) أي يقوم قبل التناهي وبعده فيتصدق بفضل ما بينها من قبضته (لحصوله) أي
لحصول ما زاد في ذاته (بجهة محظورة) وهي حصولها بقوة الأرض المغصوبة (وإن
تركها بعد ما تنهى عظمها لم يتصدق بشيء ، لأن هذا) أي الذي زاد بعد التناهي (تغير
حالها) من النسيء إلى النضج (لا تحقق زيادة) في اليم فإن الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لا
يزاد فيها من ملك البائع شيء بل الشمس ينضجها ، والقمر يلونها ، والكواكب
تعطيها الطعم .

(وإن اشتراها مطلقاً) أي عن القطع والترك (وتركها على النخيل وقد استأجر
النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل ، لأن الإجارة باطلة) أي لأن إجارة النخيل لا
تصح ، كمن استأجرها ليخفف عليها الثياب وإنما تبطل الإجارة (لعدم التعارف) فإن
التعارف لم يحر فيما بين الناس باستئجار الأشجار (والحاجة) أي ولعدم الحاجة إلى ذلك ،
لأن الحاجة إلى الترك بالإجارة إنما تخفف إذا لم يكن مخلص سواها ، وما هنا يمكن للمشتري
أن يشتري الثمار مع أصولها على ما سيأتي ، فإذا بطلت الإجارة (فبقي الإذن معتبراً)
فيطيب له الفضل .

فإن قيل لا نسلم إبقاء الإذن فإنه يثبت في ضمن الإجارة وفي بطلان المتضمن كالوكالة
الثابتة ، وفي ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن أجيب بأن الباطل معدوم ، لأنه هو الذي
لا تحقق له أصلاً ولا وصفاً ولا شرعاً على ما عرف ، والمعدوم لا يتضمن شيئاً حتى يبطل
ببطلانه ، بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الإذن فكان معتبراً .

بمخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل ، لأن الإجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثاً . ولو اشتراها مطلقاً فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع لتعذر التمييز ، ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ ،

(بمخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل ، لأن الإجارة فاسدة للجهالة) أي لجهالة وقت إدراك الزرع ، فإن الإدراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد والفساد ماله تحقق من حيث الأصل ، فأمكن أن يكون متضمناً لشيء ، ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن وإذا انتفى الإذن (فأورثت) جهالة مدة الإدراك (خبثاً) وسبيل التصديق (ولو اشتراها مطلقاً) أي ولو اشترى الثمار مطلقاً عن القطع والترك (فأثمرت ثمراً آخر) أي في مدة الترك (قبل القبض) يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار (فسد البيع) أي لأن البائع لا يمكنه تسليم المبيع (إلى المشتري) لتعذر التمييز (أي وبين الثمر الذي خرج بعد المبيع وبين ما خرج قبل البيع .

(ولو أثمرت) يعني ثمرة أخرى (بعد القبض) لم يفسد البيع ، لأن التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشتري (يشتركان فيه للاختلاط) أي لإختلاط غير المبيع بالمبيع (والقول قول المشتري في مقدار الزائد ، لأنه في يده) أي لأن المبيع في يده ، فكان الظاهر شاهد له ، هذا ظاهر المذهب . وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بجوازه ويزعم أنه مروي عن أصعابنا . وحكي عن الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله إنه كان يفتي بجوازه ، ويقول اجعل الموجود أصلاً وما يحدث بعد ذلك تبعاً ، وهذا شرط أن يكون الخارج أكثر .

(وكذا) أي وكذا لا يجوز البيع (في الباذنجان والبطيخ) إذا حدث شيء قبل

والمخلص أن يشتري الأصول ليحصل الزيادة على ملكه ، قال ولا
يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالاً معلومة ، خلافاً للمالك رحمه
الله ، لأن الباقي بعد الإستثناء مجهول ، بخلاف ما إذا باع
واستثنى نخلاً معيناً ، لأن الباقي معلوم بالمشاهدة قال ، قالوا هذه
رواية عن الحسن ،

القبض وإذا حدث بعده يشتركان (والمخلص) أي الحيلة في جوازه قبل القبض . وقال
اللاترازي أي المخلص من فساد البيع (أن يشتري الأصول) أي أصول الباذنجان وأصول
البطيخ (ليحصل الزيادة على ملكه) ليملكها . وفي الذخيرة والمغني قال أبو الليث وفيه
طريق آخر ، وهو أن يأذن للمشتري في النزل على أنه متى رجع عن الإذن كان مأذوناً في
الترك يأذن جديد .

(قال) أي القدوري (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالاً معلومة) قال
تاج الشريعة أي على الشجرة أما إذا كان مجذوذاً أو باع واستثنى أرطالاً معلومة جاز ،
وفي قوله أرطالاً إشارة إلى أن المستثنى لو كان رطلاً واحداً يجوز ، لأنه استثنى القليل من
الكثير بخلاف الأرتال لجواز أن لا يكون إلا ذلك القدر ، فيكون استثنى الكل من
الكل . وفي شرح الطحاوي باع الثمر على رد من النخل إلا صاعاً منها يجوز ، لأن المستثنى
معلوم كما إذا كان الثمر مجذوذاً موضوعاً على الأرض فباع الكل إلا صاعاً .

(خلافاً للمالك) فانه يجوز كاستثناء شجرة معينة (لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول)
أي وزناً ومشاهدة . وقيل والإستثناء وإن كان مجهولاً وزناً لكنه معلوم مشاهدة ،
وكان بيع مجازفة وجهالة المجازفة لا يمنع صحة العقد ، لأنها لا تقضي إلى المنازعة والجهالة
في مثالنا يفضي فتمنع (بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلاً معيناً لأن الباقي معلوم بالمشاهدة)
كم هي نخلة فيصح .

(قال) أي المصنف رحمه الله (قالوا) أي المشايخ (هذا) أي قول القدوري ولا
يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالاً معلومة (رواية عن الحسن) أي عن أبي حنيفة

وهو قول الطحاوي ، أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناء من العقد ، وبيع قفيز من صبرة جائز ، فكذا استثناءه بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان ، لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناءه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره وكذا الأرز والسمسم . وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر ، وكذا الجوز واللوز والفسق في قشره فالأول عنده وله في بيع السنبل قولان

رحم الله (وهو قول الطحاوي) وقول الشافعي وأحمد رحمهما الله أيضاً (أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز) يريد به على ظاهر قياس الرواية ، فإن حكم هذه المسألة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحاً ، ولهذا قال ينبغي أن يجوز (لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناءه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز ، فكذا استثناءه) وينمكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناءه (بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناءه) صورة استثناء الحمل أن يقول بعتك هذه الشاة إلا لحمها ، وصورة استثناء أطراف الحيوان بأن يقول بعتك هذه الشاة إلا جلدها أو غيره ، فإنه لا يجوز لا في حضر ولا في سفر ، وبه قال الشافعي رحم الله وقال أحمد يجوز ذلك في الرأس والأكارع لعدم الإفضاء إلى المنازعة غالباً وتوقف في استثنى الشحم ، وعن مالك أنه يجوز ذلك في السفر دون الحضر للضرورة فيه (ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشر وكذا الأرز والسمسم) يعني يجوز في قشرها . والحاصل أن بيع الشيء في خلافه لا يجوز إلا الحبوب مثل هذه المذكورة .

(وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر ، وكذا اللوز والفسق والجوز في قشره الأول عنده) أي عند الشافعي رضي الله عنه (وله) أي وللشافعي رضي الله عنه (في بيع السنبل قولان) في قوله القديم يجوز ، وفي قوله الجديد لا يجوز ،

عندنا يجوز ذلك كله له أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة
له فيه ، فأشبهه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن
النبي عليه السلام أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع
السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولأنه حب منتفع به

وله أيضاً وجهان في الباقلاء الاخضر والمنصوص عليه أنه لا يجوز ، وهو ظاهر مذهبه .
قال الاصطخري وكثير من أصحابه يجوز كقولنا . وبه قال مالك وأحمد رحمه الله
(عندنا يجوز ذلك كله) أى بيع المذكور في الحبوب كله يجوز عندنا (له) أى
للسامعي رضي الله عنه (أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه) أى للمشتري في
المعقود (فأشبهه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه) يعني لا يجوز لاحتمال الربا ، ولا ينصرف
إلى خلاف الجنس تحريماً للجواز كما في بيع الدرهم والدينارين بدرهمين ودينار ، لان التراب
ليس بمال يتقوم ، وتراب الصاغة هو التراب الذى فيه برادة الذهب والفضة والمصاغة جمع
صائع ، ووجه المشابهة بينا استتاره بما لا منفعة فيه .

(ولنا ما روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي ، وعن بيع السنبل
حتى يبيض ويأمن العاهة) هذا الحديث رواه الأئمة الستة غير البخارى عن أيوب عن نافع
عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل... إلى آخره نحوه ،
ولا آخره نحوه نهر البايع والمشتري . قوله حتى يزهي أى يحمر أو يصفر . وقال أبو زيد
والكسائي زهى يزهو وأزهى يزهي بمعنى أى احمر الثمر أو اصفر . وقال أبو عبيد
أنكر الاصمعي أزهي ونقل الزنجشري في فائقة عن كتاب العين يزهو خطأ ، إنما هو
يزهي قوله العاهة أى الآفة .

(ولأنه) أى وبمعنى المذكور من الحبوب (حب ينتفع به) وهذا كأنه جواب عن
قوله أن المعقود عليه مستور بما لا نفع فيه ، وتقديره لا نسلم أنه لا منفعة له بل هو حب
منتفع به . ومن أكل الفواكه يشهد بذلك وأن الحبوب المذكورة تدخر في قشرها ، قال

فيجوز بيعه في سنبله كالشعير ، والجامع كونه مالا متقوماً بخلاف
تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا ، حتى لو باعه
بخلاف جنسه جاز في مسألتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضاً ،
لشبهة الربا ، لأنه لا يدري قدر ما في السنابل .

الله تعالى ﴿ فذروه في سنبله ﴾ وهو الإنتقاع لا محالة (فيجوز بيعه في سنبله كالشعير) في
سنبله ، فإنه يجوز بالإتفاق (والجامع) يعني في تشبيهه ببيع الحنطة في قشرها ، وبيع
الشعير في سنبله (كونه) أي كون كل واحد منها (مالا متقوماً ، بخلاف تراب الصاغة
لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لإحتمال الربا ، حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز) لعدم ذلك
الاحتمال . وقال محمد في الأصل فإن كان تراب ذهب بتراب فضة فهو جائز . وكل واحد
منها بالخيار إذا رأى ما فيه .

واعلم أن بيع تراب الصاغة بخلاف الجنس إنما يجوز إذا وجد فيه الذهب أو الفضة
وإذا لم يوجد فلا ، ألا ترى إلى ما قال في الفتاوى الولوالجي رجل اشترى تراب الصواغين
بمرض فهذا على وجهين ، إن وجد فيها ذهباً أو فضة جاز البيع ، لأنه تبين أنه اشترى
الذهب والفضة بالعروض ، وإن لم يجد فيها ذهباً أو فضة لا يجوز .

(وفي مسألتنا) المتنازع فيها (لو باعه بجنسه) أي لو باع حب الحنطة في السنبل
بالحنطة (لا يجوز أيضاً لشبهة الربا ، لأنه لا يدري قدر ما في السنابل) .

فإن قيل ما الفرق بين مسألتنا وبين ما إذا باع حب قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه ،
وهما شيان في كون المبيع متلفاً . أجب بأن الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة
وهي في سنبلها ، ولا يقال هذا حب وهو في القطن ، وإنما يقال هذا قطن وكذلك في
التمر ، إليه أشار أبو يوسف رحمه الله .

فإن قلت استدل الشافعي رحمه الله أيضاً فيما ذهب إليه ، فإن النبي ﷺ نهى عن بيع
الفرر ، وهذا الذي ذكرتم منه لا يدري قدر الحب في السنابل ، واستدل أيضاً بأنه عليه
الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يفرك . فلت حديث النهي عن بيع الفرر محمول

ومن باع داراً دخل في البيع مفاتيح أغلاقها ، لأنه يدخل فيه الإغلاق
لأنها مركبة فيها للبقاء ، والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسميته ،
لأنه بمنزلة بعض فيه إذ لا ينتفع به بدونه . قال وأجرة الكيال
وناقذ الثمن على البائع ، أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على
البائع ، ومعنى هذا إذا بيع مكايلة وكذا أجرة الوزان

على بيع الطير في الهواء ، والسماك في الماء . لأن الغرر ماله عاقبة مستورة ، كذا ذكره في
الصحاح ، أو يحمل على بيعه قبل أن يشتد . وحديث الفرك رواه ابن حبان في رواية
عوضاً عن قوله عليه الصلاة والسلام وعن بيع الحب حتى يشتد ، أخرجه أبو داود والترمذي .
وقال حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمة وقوله حتى يفرك
أي حتى يصير بحال يتأتى فيه الفرك ، والحمل عليه أولى توفيقاً بينه وبين ما
روينا فافهم .

(ومن باع داراً دخل في البيع مفاتيح أغلاقها) الأغلاق بفتح الهززة جمع غلق
بفتحتين وهو ما يفلق ويفتح بالمفتاح (لأنه يدخل فيه) أي في البيع (الأغلاق ، لأنها
مركبة فيها للبقاء) في الدار للبقاء لا للانفصال (والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير
تسميته ، لأنه) أي لأن المفتاح (بمنزلة بعض منه) أي من الغلق (إذ لا ينتفع به) أي
بالغلق (بدونه) أي ما يفلق بالمفتاح وفي بعض النسخ إذ لا ينتفع به بدونه ، أي بدون
المفتاح . وفي الفوائد الظهيرية هذا إذا كانت الأغلاق مركبة في حيطان الدار ، أما إذا
كانت منفصلة فلا تدخل بدون الذكر .

فان قلت يرد على هذا التعليل الطريق ، حيث لا يدخل في بيع الدار مع أن الدار لا
ينتفع إلا بها . قلت إنما لا يدخل الطريق لأن المقصود من شراء الدار بها يكون نفس الملك
لا الإنتفاع بها بأن يكون مراد المشتري بها أخذ دار يجنبها لسبيل الشفعة ، حتى إذا كان
المقصود الإنتفاع بها يدخل الطريق أيضاً كما في الإجارة والقسمة والصدقة الموقوفة .

(قال) أي القدري (وأجرة الكيال وناقذ الثمن على البائع ، أما الكيل فلا بد منه
للتسليم وهو) أي التسليم (على البائع ، ومعنى هذا إذا بيع مكايلة وكذا أجرة الوزان

والذراع والعداد، وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد،
لأن النقد يكون بعد التسليم، ألا ترى أنه يكون بعد الوزن
والبائع هو المحتاج، إليه ليميز ما يتعلق به حقه من غيره، أو ليعرف
المعيب ليرده. وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لأنه يحتاج إلى
التسليم الجيد المقدر، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر
بالوزن فيكون عليه. قال وأجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا
أنه هو المحتاج إلى التسليم وبالوزن يتحقق التسليم، قال ومن باع

والذراع والعداد) قيد به لأنه لو بيع مجازفة لا يجب أجره هؤلاء على البائع إذا باع بشرط
الوزن والذرع والعدد، لأن تحقق الإبقاء بذلك (وأما النقد) أي وأما أجرة ناقد الثمن
(فالمذكور) أي في القدوري أنه على البائع.

(ورواية ابن رستم عن محمد، لأن النقد يكون بعد التسليم، ألا ترى أنه) أي النسليم
(يكون بعد الوزن) أي بعد وزن الثمن (والبائع هو المحتاج إليه ليميز ما يتعلق به حقه
من غيره) أي من غير حقه من الروي (أو ليعرف) أي البائع (المعيب) إذا وجد
معيباً (ليرده) على المشتري.

(وفي رواية ابن سماعة عنه) أي عن محمد أجرة النقاد (على المشتري، لأنه يحتاج إلى
التسليم الجيد المقدر) لأن حق البائع في القدر والجودة جميعاً (والجودة تعرف بالنقد كما
يعرف القدر بالوزن فيكون عليه) أي على المشتري. وقال الفقيه أبو الليث في الميوس
أجرة وزان الثمن والناقد على المشتري، لأن عليه أن يوفيه الوزن. وفي الخلاصة والصحيح
أنها على المشتري.

(قال) أي القدوري (وأجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا أنه) أي أن المشتري
(هو المحتاج إلى تسليم الثمن، وبالوزن يتحقق التسليم) فيكون الزان على المشتري.
(قال) أي القدوري ومن باع سلعة بثمن (أي بالدرهم والدنانير) قيل للمشتري

ادفع الثمن أولاً لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن
ليتعين حق البائع بالقبض ، لما أنه لا يتعين بالتعيين تحقيقاً للمساواة .
قال ومن باع سلعة بسلعة أو ثمناً بثمن قيل لهما سلماً معاً لإستوائهما
في التعيين وعدمه . فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع .

ادفع الثمن أولاً ، لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع
بالقبض ، لما أنه) أي أن الثمن . قال الشافعي في قول وبه قال مالك (لا يتعين بالتعيين
تحقيقاً للمساواة) أي في المالية . وبقولنا قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح أنه يجبر
البائع على تسليم المبيع أولاً ، وبه قال أحمد . وعنه في قول يجبرهما الحاكم على التسليم
فيأمر كل واحد منهما إحضار ما عليه ، فإذا أحضراه يسلم الثمن إلى البائع والمبيع إلى
المشتري . وفي قول لا يجبرهما ويمنعها عن التحام فإذا سلم أحدهما أجبر الآخر ، كذا في
شرح الوجيز ، وقال الاترازي وهذا الذي قلنا من وجوب دفع الثمن أولاً على المشتري
فما إذا كان المبيع حاضراً ، أما إذا كان غائباً فلم يقص عليه الشيخ أبو الحسن الكرخي
في مختصره . وقال فان كان المبيع غائباً عن حضرتهما فالمشتري أن يمتنع من التسليم حتى
يحضر المبيع ويكون بحيث يمكنه قبضه في مكانه إذا دفع الثمن ثم البيع في زمان الحبس
في ضمان البائع إلى أن يسلمه إلى المشتري حتى إذا هلك في يد البائع انتقض البيع ،
ويعود الثمن إلى المشتري .

(قال) أي القدوري (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمناً) أي وباع (بثمن قيل لهما سلماً
معاً) هذا باجماع الائمة الاربعة (لإستوائهما) أي لاستواء البائع والمشتري (وفي التعيين
وعدمه فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع) أي في دفع المبيع والثمن وفي المجتبى لا بد
من معرفة كيفية التسليم والتسلم ، ومكان التسلم التخلية بين المشتري وبين المبيع من
غير مانع من قبضه ، وبه يدخل البيع في ضمان المشتري . قال ابن شجاع وهذا باتفاق
أهل العلم . وقال الشافعي رضي الله عنه القبض في الدراهم والدنانير لهما بالتراحم ، وفي
التياب ونحوها بنقله من مكان إلى مكان إلا الطعام مكايلة فبالكيل وفي العقار والشجر

بالتخلية . وفي الغاية المحكم فيه العرف فقبض العقار بالتخلية وقبض المنقول النقل إلى مكان لا يختص بالبائع ، وبه قال أحد ، وفي المجتبى أمره البائع بالقبض فلم يقبضه حتى أخذه إنسان فان أمكنه قبضه من غير قيام صح التسليم وإلا فلا .

وفي النظم أمر البائع المشتري بحلق شعر العبد أو بالحجامة أو يسقيه دواء أو بتداوى جرحه ففعل لا يصير قابضاً . ولو قبض المشتري فوجد فيه عيباً ففعل هذه الاشياء لا يكون رضاء ولو أمره بختان الجارية أو العبد أو الفصد أو ربط جرحه أو قطع عرقه أو كان ثوباً فقطعه أو قصره أو غسله أو فعلاً يحدوه أو طعاماً تطبخه أو جارية فأمره أن يزوجه فزوجها ودخل بها زوجها يكون قبضاً ، ولو لم يدخل لا يكون قبضاً . ولو فعل المشتري شيئاً من هذه الاشياء بعد وجدان العيب به يصير راضياً ، ولو لم يكن له الرد فيرجع بالنقصان في هذا كله .

وفي جمع النوازل وقع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ له فتحه من غير كلفة . ولو باع حنطه في بيته ودفع إليه المفتاح ليقبض فان قال خليت بينك وبينها فتسلم وإلا فلا تسل الدار ، وهما غائبان عنها ، وقال المشتري قبضتها لم يصير قابضاً حتى يكون قريباً بحيث يقدر إغلاقها . وفي جامع شمس الأئمة يصح القبض وإن كان العقار غائباً عند أبي حنيفة خلافاً لما اشترى فرساً في حظيرة فقال البائع سلمته إليك ففتح المشتري الباب فذهب فان أمكنه أخذه بيده بلا عون كان تسليمًا ، وإلا فلا ، وكذا الطير . وفي جامع شمس الأئمة إن كان لا يقدر بقبضه إلا مع الحبل وليس معه حبل لا يكون قبضاً وعلى هذا العون ، ولو كان معه حبل وعون فقبض . وكذا لو اشترى رمكة من الرماك في حظيرة ولو اشترى الرماك كلها ، فالتخلية بينه وبين الحظيرة تسليم ، حتى لو غلبته وهلكن هلكن من المشتري . ولو كان في البيت متاعه وإن قل أو ذرعه بمنع التسليم .

وعن الوبري المتاع لغير البائع لا يمنع ، فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة ، عنده ولو هلك الثوب وهو في أيديهما بعد التخلية فهو قبض عند محمد خلافاً لأبي يوسف . ولو اشترى دهنًا ودفع قاروره ليزنه فيها بحضرة المشتري ، فهو قبض . وكذلك

تعيينه على الأصح وإن كان في بيت البائع . وكذا سائر المكيلات والموزونات إذا وزنها أو كالمها في وعاء المشتري بأمره . ولو غصب شيئاً بعينه ثم اشتراه صار قابضاً بالشراء ، وليس للبائع حبه بالثمن بخلاف الوديعة والعارية إلا إذا وصل إليه بعد التخلية . ولو اشترى حنطة في السواد يجب تسليمها في السواد . ولو اشترى تمرأ على الأشجار فجدها على المشتري وفي الموازنة على البائع ، وكذا قلع الجزر والشلجم ونحوها على المشتري إلا قدر نموذج فهو على البائع بكل حال . ولو اشترى حنطة في سنبله أو شيئاً في جوالق أو ثوباً في وعاء فالإخراج على المشتري . ولو اشترى وقر حنطة في المصر فحملها على البائع . ولو اشترى حنطة في سنبله فتخليصها بالكربس والتذرية على البائع والتبن للبائع .

* * *

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري . ولهما الخيار ثلاثة أيام

(باب خيار الشرط)

أي هذا باب في بيان أحكام خيار الشرط . ولما فرغ عن بيان البيع اللازم وهو الذي ليس فيه خيار بعد وجود شرائطه شرع في بيان البيع الغير اللازم ، وهو ما فيه الخيار ، ولكون اللازم أقوى قدمه على غيره ، ثم قدم خيار الشرط لأنه يمنع ابتداء الحكم على خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ، ثم خيار العيب لأنه يمنع لزوم الحكم .
والخيار في البيع على أربعة أنواع خيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب ، وخيار التعيين . كما إذا اشترى أحد الثوبين وهو بالخيار على أن يأخذ أيها شاء ، وسيجيء في هذا الباب إن شاء الله تعالى ، قوله خيار الشرط أي خيار يثبت بالشرط ، إذ لولا الشرط لما ثبت الخيار بخلاف خيار الرؤية والعيب ، فإنها يثبتان من غير شرط ، وهذه الإضافة باب إضافة الحكم إلى سببه ، كصلاة الظهر ، وكان من حقه ألا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ، ولكن لما جاءت به السنة لم يكن هذا من العمل به فظهر عمله في منع الحكم دون السبب تقليلًا لعمله بقدر الإمكان .

وشرط الخيار جائز باجماع العلماء والفقهاء ، ولكن اختلفوا في المدة ، ويجوز للبائع والمشتري أو لهما معاً أو لغيرهما ، وفي غيرهما اختلاف يبيح إن شاء الله تعالى .
وقال سفيان الثوري وابن شبرمة ، يجوز للمشتري لا للبائع ، لأنه ثبت بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وهو المشتري قلنا النص هو قوله عليه الصلاة والسلام إذا بايعت يتناول البائع والمشتري فيجوز لهما ، وكان بالناس حاجة إليه ليدفع الغبن بالتروي ، وفيه يستوي البائع والمشتري (خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة أيام) قال الاترازي وقوله ثلاثة أيام يروى بالنصب على أنه ظرف ، أي في ثلاثة أيام ،

فما دونها . والأصل فيه ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو
الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي ﷺ
إذا بايعت فقل لا خلافة ، ولي الخيار ثلاثة أيام

وبالرفع على انه خبر أو خبر مبتدأ محذوف ، أي هو ثلاثة أيام .
قلت في قوله خبر بمد خبر تأمل لا يخفى ، والأولى أن يكون خبر مبتدأ محذوف
تقديره مدة الخيار ثلاثة أيام (فما دونها) أي فما دون ثلاثة أيام ، لانه إذا جاز في ثلاثة
أيام ففيا دونها بطريق الأولى (والأصل فيه) أي في جواز شرط الخيار (ما روى ابن
حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه
السلام إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام) .

هذا الحديث رواه الحاكم في المستدرک من حديث محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر
رضي الله عنها قال كان حبان بن منقذ رجلاً ضعيفاً وكان قد ثقل لسانه فقال له رسول الله
ﷺ بع وقل لا خلافة ، فكنت اسمعه يقول لا خلافة لا خلافة ، وكان يشتري ويحيى به
إلى أهله فيقولون له ان هذا غال ، فيقول ان رسول الله ﷺ قد خيرني في بيعي ، وسكت
عنه الحاكم .

وكذلك رواه الشافعي رضي الله عنه ، أخبرنا سفيان عن محمد بن اسحاق به ، ومن
طريق الشافعي رضي الله عنه رواه البيهقي في المعرفة ، ورواه البخاري في تاريخه الأوسط ،
وقال حدثنا العباس بن الوليد حدثنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى عن ابن السحاق ، حدثني
محمد بن يحيى بن حبان ، قال كان جدي منقذ بن عمرو أصابته آفة في رأسه فكسرت
لسانه ، وفازعت عقله ، وكان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن ، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ
فقال إذا بعت فقل لا خلافة ، وأنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال .

وعاش مائة وثلاثين سنة ، وكان في زمن عثمان رضي الله عنه يبتاع في السوق ، فيصير
إلى أهله فيلوموه ، فيرده ، ويقول ان النبي ﷺ جعلني بالخيار ثلاثاً ، فيمر الرجل من
أصحاب رسول الله ﷺ فيقول صدق ذكره في ترجمة منقذ بن حبان .

ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة، وهو قول زفر والشافعي، وقالوا يجوز إذا سمي مدة معلومة،

فلما قلت دل حديث الحاكم على أن القضية لحبان بن منقذ، وحديث البخاري في تاريخه دل على أنه لمنقذ بن عمرو والد حبان، قلت: روى الترمذي حدثنا يوسف بن حماد البصري، حدثنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى، عن سعيد، عن قتادة، عن أنس رضي الله عنه أن رجلا كان في عقدته ضعيف، وكان يباع وإن أهله أتوا النبي ﷺ فقالوا يا رسول الله احجر عليه، فدعاه رسول الله ﷺ فنهاه، فقال يا رسول الله اني لا أصبر عن البيع. فقال إذا بايتم فقل هاء وهاء ولا خلايه، ثم قال وحديث أنس حديث حسن صحيح غريب، ورواه بقية أصحاب السنن، وقال شيخنا في شرحه للترمذي الرجل المبهم في هذا الحديث اختلف فيه هل هو حبان بن منقذ، أو والده منقذ بن عمرو، فصحيح ابن العربي أنه منقذ بن عمرو، ورجح النووي أنه حبان بن منقذ، قوله هاء هاء روى بالمد والقصر ومعناه الأخذ والمطاء، كقوله في حديث الربا إلا هاء وهاء، والخلاية بكسر الخاء المعجمة وبالباء الموحدة، وهي الحديثة، وروى لا خلايه بالنون مكان الموحدة، وهو تصحيف، وحبان بفتح الحاء المهملة وتشديد الباء الموحدة، ابن منقذ بضم الميم وسكون النون وكسر القاف وبالذال المعجمة، ابن عمر ابن مالك لشهيد أحد أو من ولده يحيى وواسع وأمه هند بنت ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف، كذا ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم، وقال ابن ماكولا ومنقذ ابن عمرو والمازني الانصاري، مديني له صحبه، وهو جد محمد بن يحيى بن حبان (ولا يجوز أكثر منها) أي من ثلاثة أيام (عند أبي حنيفة وهو قول زفر والشافعي) وقال مالك شرط الخيار على حسب ما تدعو اليه الحاجة، وذلك يختلف باختلاف الأموال . فإن كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة مثلاً لم يجوز أن يشترط الخيار فيه أكثر من يوم، وإن كان صيغة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشترط فيها أكثر من ثلاثة أيام .

(وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد (يجوز إذا سمي مدة معلومة) سواء كان شهراً أو

لحديث ابن عمر انه أجاز الخيار إلى شهرين ، ولأن الخيار إنما شرع
للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن ، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر ،
فصار كالتأجيل في الثمن ولأبي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى
العقد ، وهو اللزوم ، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص
فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفتت الزيادة إلا انه إذا جاز في
الثلاث جاز عند أبي حنيفة

سنة أو أكثر ، ولو شرط الخيار أبداً لا يجوز بالإجماع ويقولها ، قال أحمد (لحديث ابن
عمر رضي الله عنهما انه أجاز البيع إلى شهرين) هذا غريب جداً ، والعجب من الأكل
انه قال ولها حديث ابن عمر أن النبي ﷺ أجاز الخيار إلى شهرين ، ونفس اسناده إلى
ابن عمر لم يصح ، فكيف يرفع إلى النبي ﷺ .
وقال الاترازي وقدوري أصحابنا في شروح الجامع الصغير ان ابن عمر شرط الخيار
شهرين ، كذا ذكر فخر الإسلام .

وقال العتابي ان عبد الله بن عمر باع بشرط الخيار شهراً ، وقال في المختلف روى عن
ابن عمر انه باع جارية وجعل للمشتري الخيار شهراً ، وكل هذا لم يثبت ، واستدل الكاكي
لها بقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى
التروي) أى التأمل والتفكر (ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل
في الثمن) لأن التأجيل في الثمن يجوز في قليل المدة وكثيرها ان كان يخالف مقتضى
العقد لأجل الحاجة ، فكذا هنا (ولأبي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد ،
وهو اللزوم ، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص) وهو حديث حبان بن
المعتمد المذكور (فيقتصر على المدة المذكورة فيه) أى في النص (وانتفتت الزيادة) على
ثلاثة أيام (إلا انه إذا جاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة) استثناء من قوله ولا يجوز
أكثر منها ، ومعناه لا يجوز أكثر منها ، لكن لو ذكر الأكثر منها وإجاز من له الخيار
في الثلاث جاز .

خلافاً لزفر هو يقول انه انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً وله أنه اسقط
المفسد قبل تقررده فيعود جائزاً كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس
ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع

ويجوز أن يكون استثناء من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور ،
والأول أولى لقوله (خلافاً لزفر) تأمل (هو) أي زفر رحمه الله (يقول انه) أي ان
العقد (انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً) كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ، ثم اسقط الدرهم
الزائد ، كما لو نكح امرأة وتحتة أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح
الخامسة ، وكما لو اشترى عبداً بألف ورطل من خر ، ثم اسقط رطل الخمر ، فانه لا
يمود إلى الجواز ، لان البقاء على وقف الثبوت (وله) أي ولأي حنيفة (انه) أي ان
من له الخيار (اسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم الرابع (قبل تقررده) أي لزومه
وثبوته بمضي ثلاثة أيام .

(فيعود جائزاً) اعلم ان مشايخنا رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الإبتداء
على قول أبي حنيفة ، فذهب العراقيون إلى انه ينعقد فاسداً ، ثم ينقلب صحيحاً ، بحذف
خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب أهل خراسان وإليه مال شمس الأئمة السرخسي
إلى انه موقوف ، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد ، فقول المصنف انه اسقط
المفسد قبل تقررده تعليل على الرواية الأولى ، وذكر النظير لهذا بقوله (كما إذا باع بالرقم
وأعلمه في المجلس) الرقم في الاصل الكتابة والختم ، وفي المغرب التاجر يرقم الثياب أي
يعلمها بأن ثمنها كذا وكذا ، والمقصود هاهنا ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم
بها الدلال أو غيره ثمن الثوب ، ولا يعلم المشتري ذلك .

فإن قال بملك هذا الثوب برقمه ، قيل للمشتري من غير أن يعلم المقدار انعقد البيع
فاسداً ، فإن علم المشتري قدر الرقم في المجلس ، وقيل انقلب جائزاً بالإتفاق قوله (ولأن
الفساد باعتبار اليوم الرابع) تعليل على الرواية الثانية ، وتقريره ان اشتراط الخيار غير

فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ، ولهذا قيل إن العقد يفسد
بمضي جزء من اليوم الرابع ، وقيل ينعقد فاسداً ثم يرتفع الفساد
بحذف الشرط ، وهذا على الوجه الأول ، ولو اشترى على أنه لم
ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما جاز ، وإلى أربعة أيام لا يجوز
عند أبي حنيفة وأبي يوسف

مفسد للعقد ، وإنما المفسد باعتبار اليوم الرابع بالأيام الثلاثة (فإذا جاز قبل ذلك لم
يتصل المفسد بالعقد) فكان صحيحاً (ولهذا قيل) متصل بقوله ، ولأن الفساد وهو الذي قرر
على مذهب الحراسانيين وهو (ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع) على ما
تقرر آنفاً .

(وقيل ينعقد فاسداً) هذا على مذهب العراقيين (ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط)
على ما مر أيضاً (وهذا) أى القول بانعقاده فاسداً ، ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط
إنما يستقيم (على الوجه الاول) أى التعليل الاول ، وهو قوله اسقط المفسد إلى آخره ،
وأما على التعليل الثاني وهو قوله ، لأن الفساد ، إلى آخره فلا يستقيم ، لأنه لم ينعقد
فاسداً فلا يمكن ارتفاع الفساد بحذف الشرط ، والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل
ان للفساد فيها في صلب العقد ، وهو البدل ، فلم يمكن دفعه ، وفي مسألتنا في شرطه
فأمكن (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما جاز) ويسمى
هذا خيار النقد ، والقياس بأبي جوازه وبه أخذ زفر والشافعي ومالك واحمد رضي الله عنهم ،
لأنه شرط لا يقتضيه العقد على ما يجي .

(وإلى أربعة أيام) يعني لو قال أن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلا يبيع بيننا (لا يجوز عند
أبي حنيفة وأبي يوسف) قال الأتوازي ذكر المصنف قول أبي يوسف مع أبي حنيفة كما
تري ، وكذلك ذكر الشهيد أيضاً في شرح الجامع الصغير ، ولم يذكر محمد خلاف أبي
يوسف في أصل الجامع الصغير ، وهذا الذي ذكره قول أبي يوسف الأول ، وروى الحسن
ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه رجع عن هذا القول ، وقال يجوز البيع كما هو قول

وقال محمد يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر، فإن نقد في الثلث جاز في قولهم جميعاً والأصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار، إذ الحاجة مست إلى الإنفساح عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة في الفسخ، فيكون ملحقاً به، وقد مر أبو حنيفة على أصله في الملحق به، ونفى الزيادة على الثلاث،

محمد كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير .

ولهذا المعنى قال صاحب المنظومة : واضطرب الأوسط فيه فأعقل .

(وقال محمد يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر) كما يجوز عند شرط الخيار أربعة أيام أو أكثر (فإن نقد) أي المشتري الثمن (في الثلاث) أي في ثلاثة أيام في المسألة المذكورة (جاز في قولهم جميعاً) أي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى (والأصل فيه) أي في الشراء لشرط أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما (أن هذا) أي الشراء بهذا الشرط (في معنى اشتراط الخيار) لأن معنى الخيار نقد الثمن ، على تقدير اجازة البيع ، وعدم نقده على تقدير فسخ البيع ، وكذا ما هنا إن شاء نقد الثمن فتم البيع ، وإن شاء لم ينقد فأنفسخ البيع .

(إذ الحاجة مست إلى الإنفساح عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة) أي عن المدافعة (في الفسخ) وهذا تعليل لقوله ، الحاجة مست إلى الإنفساح عند عدم النقد ، كأنه ذكر هذا جواباً لسؤال يرد عليه ، بأن يقال لا نسلم أن الحاجة ماسة إلى الإنفساح لأن الحاجة تندفع بالشرط بشرط الخيار ، لأنه إذا اشترى بالخيار إن شاء جاز وإن شاء فسخ ، ولا حاجة إلى تصحيح هذا المقدم بلا حاجة ، فقال في جوابه هذا أن الفسخ يكون بالشراء لشرط الخيار ، لكن ليس لمن له الخيار أن يفسخ بغير حضرة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد ، فتحصل المماطلة حينئذ في الفسخ ، فإذا كان كذلك (فيكون ملحقاً به) أي بخيار الشرط .

(وقد مر أبو حنيفة على أصله في الملحق به) وهو شرط الخيار (ونفى الزيادة على الثلاث)

وكذا محمد في تجويز الزيادة وأبو يوسف أخذ في الأصل بالآثر ،
وفي هذا بالقياس وفي هذه المسألة قياس آخر ، واليه قال زفر ،
وهو انه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها

فكذا في الملحق ، وهو خيار النقد ، والحاصل أن أبا حنيفة مشى على أصله في شرط
الخيار ، حيث لا يجوز عنده أكثر من ثلاثة أيام ، فكذا ما هو في معناه إلا إذا نقد الثمن
في الثلاث ، فكان البائع جائز الإنقطاع المفسدة . (وكذا محمد) أي وكذا من محمد على
أصله (في تجويز الزيادة) في الأصل والملحق به ، لأن عنده يجوز شرط الخيار أكثر من
ثلاثة أيام إذا كانت المدة معلومة فكذا ما كان في معناه .

(وأبو يوسف أخذ في الأصل بالآثر) أي أخذ في ثلاثة أيام في قوله ان لم ينقد الثمن
الى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا بالآثر ، أي بما روي عن ابن عمر رضي الله عنها ، نقله الفقيه
أبو الليث في شرح الجامع الصغير عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج
عن سليمان مولى ابن البرصاء قال بعث من عبد الله بن عمر جارية على أنه ان لم ينقد الثمن
الى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا ، فأجاز ابن عمر هذا البيع ، ولم يرو عن أحد من
نظرائه خلافه .

(وفي هذا بالقياس) أي أخذ في الزائد على ثلاثة أيام في خيار النقد بالقياس ، يعني
النص مقيد بالثلاث في خيار النقد ، وما ورد النص في خيار النقد في الزيادة ، وقال
الأتراسي أبو يوسف مر على أصله أيضاً على قوله المرجوع اليه ، ولكنه فرق هو بين هذا
وبين شرط الخيار على قوله الأول ، حيث جوز الزيادة على الثلاثة في شرط الخيار . ولم يجوز
هاهنا لأنه اتبع أثر ابن عمر وهو الذي ذكرناه ، ولم يتجاوز حد الأثر وفيما زاد على ذلك أخذ
بالقياس ، لأن القياس أن لا يصح هذا البيع أصلاً كما قال زفر لانه بيع شرط فيه إقالة
فاسدة ، وهي إقالة معلقة بالشرط ، والبيع بشرط الإقالة الصحيحة باطل فبشرط
الإقالة الفاسدة أولى .

(وفي هذه المسألة) المذكورة (قياس آخر واليه) أي والى هذا القياس (مال زفر
وهو) أي هذا القياس (أنه بيع شرط فيه) أي في البيع (إقالة فاسدة لتعلقها) أي

بالشرط ، واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد ، فاشتراط الفاسد أولى ، ووجه الاستحسان ما بينا .

لتعلق الإقالة (بالشرط) وهو عدم النقد (واشتراط الصحيح منها) أي من الإقالة بأن قال بعثك هذا بشرط أن يقبل البيع (فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد) وهو تعليق البيع بالإقالة المعلقة (أولى) بأن يفسد البيع .

(ووجه الاستحسان ما بينا) يعني أن هذا البيع لا يجوز الى ثلاثة أيام أيضاً قياساً ، كما قال زفر ولكننا جوزناه استحساناً ، ووجه ما بينا ، وهو أن الحاجة مست الى الإنفساخ عند عدم النقد ، كذا قاله الأتراسي ، وقال الأكل وجه الاستحسان أن هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة ، إذ الحاجة مست الى الإنفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن الماطلة في الفسخ ، إذا كان في معناه كان ملحقاً به ، ورد بان لا نسلم أنه في معناه ، لأن هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد ، وهما لو سكت حتى مضت المدة بطل ، وأجيب بأن النظر في الإلحاق إنما هو الى المعنى المناط للحكم ، وهو الحاجة وهي موجودة فيها ، وأما الزائد على ذلك فلا معتبر به .

وقال القاضي الامام ظهير الدين رحمه الله في فوائده هاهنا مسألة لا بد من حفظها ، وهي أنه إذا لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام يفسد البيع ، ولا تنفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفد عتقه ، وإن كان في يد البائع لا ينفذ ، ثم لو كان هذا الشرط للبائع بأن اشترى رجل عبداً ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن فلا بيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط ، ويصير بمنزلة خيار الشرط ، حتى إذا قبض المشتري المبيع يكون مضموناً عليه بالقيمة ، ولو أعتقه المشتري لا ينفذ عتقه ، ولو أعتقه البائع ينفذ .

وفي المجتبى لو قال أحدهما البيع جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالاجماع ، ولو زاد أو أطلق فسد البيع عند أبي حنيفة وزفر والشافعي كالشرط الفاسد الملحق بالمبيع الصحيح . وقال أبو يوسف ومحمد وأحمد يجوز ، كما في شرط الخيار ، ولو قال البائع خذته وانظر اليه اليوم فإن رضيته أخذته بعشرة فهو خيار باع على أنه بالخيار ، على أن له أن

قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمرضاة ، ولا تتم مع الخيار ، ولهذا ينفذ عتقه ، ولا يملك المشتري التصرف فيه ، وإن قبضه بإذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع يفسخ بالهلاك ، لانه كان موقوفاً ولا نفاذ بدون المحل ، فبقي مقبوضاً في يده على سوم الشراء ، وفيه القيمة ،

يقوله ويستخدمه جاز وهو على خياره ، وعلى أن يأكل من ثمره لا يجوز لأن الثمر له حصة من الثمن .

(وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ، لان تمام هذا السبب) أي العلة (بالمرضاة) لكونه الرضاء داخلاً في حقيقته الشرعية .

(ولا تتم) أي المرضاة (مع الخيار) لان البيع به يصير به علة اسماً ومعنى لا حكماً ، فمنع ابتداء الحكم به ، وهو الملك فبقي على ملك صاحبه (ولهذا) أي ولأجل كونه على ملك صاحبه (يتفذ عتقه) أي عتق البائع (ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع) لأجل خيار البائع (فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) وبه قال الشافعي في الوجه المشهور ، ومالك .

وفي وجه ضمنه بالثمن ، وهو قياس قول احمد ، وقال ابن أبي ليلى لا يضمنه لأنه قبضه بإذن المالك فيكون أميناً فلا ضمان عليه (لأن البيع يفسخ بالهلاك) والمنفسخ به مضمون بالقيمة ، وذلك لأن العقود عليه بالهلاك صار إلى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها ، فلا تلحقها الإجارة ، وهو معنى قوله (لأنه كان موقوفاً) أي في حق الحكم (ولا نفاذ بدون المحل) كأنه جواب سؤال مقدر ، كأنه قيل : لم صار موقوفاً فأجاب أنه لا نفاذ للحكم بدون المحل لأنه فان بالهلاك ، فإذا كان كذلك (فبقي مقبوضاً في يده على سوم الشراء) أي على طلب المشتري ، (وفيه) وفي المقبوض على سوم المشتري يجب (القيمة) لأنه مقبوض بالعقد ، هذا إذا لم يكن مثلياً وإن كان مثلياً يجب المثل ، كذا في شرح الأقطع وغيره .

ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتباراً
بالصحيح المطلق . قال وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن
ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم ، وهذا لان الخيار
يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار ، لانه شرع نظراً له
دون الآخر . قال الا ان المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة ،
وقالا يملكه لانه

وقال الكاكي وفي اليتيمة أن المقبوض على سوم المشتري إنما يكون مضموناً إذا كان
الثلث مسمى ، حتى أنه إذا قال قد اذهب بهذا الثوب ، فان رضيته اشتريته فذهب
فهلك لا يضمن . ولو قال ان رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته ،
وعليه الفتوى .

(ولو ملك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتباراً بالصحيح) أى
البيع الصحيح (المطلق) أى المطلق عن الخيار ، وهو البيع البات ، فان البيع فيه لو
هلك في يد البائع ينفسخ البيع ، فكذا هذا ، وإنما ذكر الصحيح مع ان الحكم في الفاسد
كذلك حملاً لحال المسلم على الصلاح إذ الصحيح أليق به دون الفاسد (قال) أى القدورى
(وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) وهذا بالاتفاق (لأن البيع في
جانب الآخر لازم) الآخر هو البائع .

ومعنى لازم ثابت لتمام المرضي منه حتى لا يتمكن البائع من الفسخ (وهذا) أى منع
خروج المبيع عن ملك البائع عند خيار المشتري (لان الخيار إنما يمنع خروج البدل عن
ملك من له الخيار ، لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار ، لانه شرع نظراً
له دون الآخر) يعني لم يشرع للآخر الذي ليس له الخيار ، لأن الخيار مانع للحكم في جانب
من الخيار لا في جانب من ليس له الخيار .

(قال) أى القدورى (إلا أن المشتري لا يملكه) أى المبيع (عند أبي حنيفة
وقالا يملكه) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول ومالك وأحمد (لانه) أى لان المبيع

لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون
 زائلاً لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ، ولا بي حنيفة انه لما لم
 يخرج الثمن عن ملكه ، فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع
 البدلان في ملك رجل واحد ، حكماً للمعاوضة ، ولا أصل له
 في الشرع ، لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظراً
 للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ، ولو ثبت الملك ربما يعقب
 عليه من غير اختياره ، بأن كان قريبه

(لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى مالك ولا عهد
 لنا به) بعين غير معهود (في الشرع) فصار كالسائبة .
 (ولا بي حنيفة أنه) أي الشأن (لما لم يخرج الثمن عن ملكه) أي عن ملك المشتري
 (فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه) أي في ملك المشتري (لاجتمع البدلان) أي
 الثمن والثمن (في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة) يعني من حيث حكم المعاوضة ،
 واحترز به عن ضمان غصب المدبر ، لان الضمان يجب على الغاصب إذا أبقى العبد ، لا يخرج
 المدبر عن ملك مولاه فيجتمع البدلان لان ذلك ضمان ينجاية لا ضمان معاوضة .
 فان قلت المسلم إليه يملك رأس المال والمسلم فيه في ملكه قلت المسلم فيه يملك رب
 السلم في ذمة المسلم إليه ، لان له حكم الثمن ولهذا جاز فيه صنوب الاجل وهو كسائر
 البياعات فان البائع يملك الثمن في ذمة المشتري فلا يجتمع البدلان فان قلت يرد
 عليكم إجماع الاجرة والمنافع في ملك المؤجر إذا شرط تعجيل الاجرة قلت لا تسلم الإجماع
 لان المنافع معدومة فكيف يكون الاجتماع فاذا حدثت ملكها المستأجر ولا اجتماع إذن .
 (ولا أصل له في الشرع) أي الاصل لاجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكماً
 للمعاوضة (لان المعاوضة تقتضي المساواة) يعني المساواة المكفية ، وهي أن يدخل
 المبيع في ملك المشتري ، والثمن في ملك البائع (ولان الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى)
 أي ليتأمل ويتفكر (فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك) أي في ملك المشتري (ربما
 يعقب عليه بغير اختياره) لا له (بأن يكون) أي المبيع (قريبه) فينفق عليه من غير

فيفوت النظر قال فإن هلك في يده هلك في الثمن ، وكذا إذا

دخله عيب بخلاف

اختياره (فيفوت النظر) لان الامر يتردد على موضوعة بالنقص .

واما الجواب عن قوله لا نظير له في الشرع ، قلنا يبطل ذلك بما اذا اشترى متولى الكعبة عبيداً لمدانتها حيث يزول عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري ، ويبطل أيضاً بالتركة المستغرقة بالدين ، لأن التركة تزول عن ملك الميت ، ولا تدخل في ملك الورثة ، فإن قيل لو لم يثبت الملك للمشتري ينبغي أن لا يكون له حق الشفعة به ، كما لا يستحق الشفعة بدار السكنى ، وكان له حق الشفعة بالإجماع قلنا إنما تستحق الشفعة لأنه بشرائها صار أحق بها تصرفاً ، لا أنه ملكها بمنزلة العبد المأذون إذا بيعت دار يحنبه فإنه يستحق الشفعة بهذا الشراء وإن لم يثبت له الملك ، ولهذا لو أعتقه المشتري ينفذ عتقه لأنه صار أحق بالتصرف فيه ، واقدمه على الإعتاق اسقاط الخيار منه ، كذا في المبسوط .

(قال) أي القدوري (وإن هلك في يده) أي وإن هلك المبيع في يد المشتري (هلك بالثمن) سواء هلك في مدة الخيار أو بعدها فعليه الثمن في الوجهين ، كذا قال فخر الإسلام في شرح الجامع .

وقال زفر والشافعي رضي الله عنهما في قول يهلك بالقيمة كخيار البائع ، ونقل الاترازي عن المختلف أن عند الشافعي رضي الله عنه يجب عليه القيمة إذا هلك في المدة ، (وكذلك إذا دخله عيب) أي ، وكذلك يجب الثمن إذا دخل المبيع عيب في مدة الخيار فتعذر رده يلزمه الثمن لانبرام العقد .

وقال الكرخي في مختصره وإذا قبض المشتري المبيع فدخله في يده عيب ينقص القيمة من فعل المشتري أو غير فعله تم البيع عليه ، ويلزمه الثمن .

وفي الإيضاح إذا كان الخيار للمشتري فحدث في ملكه عيب يجوز ارتقاعه كالمرض فهو على خياره ، لأنه إذا زال المرض ارتفع النقص ، فصار كأن لم يكن ، وليس له أن يفتح إلا أن يرفع في الثلاث ، فإذا مضت الثلاث والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد (بخلاف

ما إذا كان الخيار للبائع ، ووجه الفرق أنه إذا دخله عيب
يتمتع الرد والهلاك ، لا يعرئ عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد
انبرم فيلزمه الثمن ، بخلاف ما تقدم ، لأن بدخول العيب لا يتمتع الرد
حكماً لخيار البائع فيهلك ، والعقد موقوف

ما إذا كان الخيار للبائع (يعني إذا كان الخيار للبائع وهلك المبيع في يد المشتري في مدة
الخيار يجب القيمة .

(ووجه الفرق) يعني بين ما إذا كان الخيار للمشتري وهلك في يده حيث يجب الثمن
وبين ما إذا كان الخيار للبائع وهلك في يد المشتري في مدة الخيار حيث يجب القيمة
(انه) أي ان المبيع (إذا دخله عيب) في يد المشتري والخيار له (يتمتع الرد والهلاك لا
يعرئ عن مقدمة عيب) لأنه بناء على سبب مفض اليه .

بيانه ان الهلاك لا يعرئ عن عيب يسبق الهلاك ، وذلك بسبب عيب فيكون المبيع
معيماً حين أشرف على الهلاك ، فبالعيب امتنع رده (فيهلك والعقد قد انبرم) أي والحال
ان العقد قد تم ولزم ، ولفظ انبرم مطاوع ابرم الأمر إبراماً إذا احكمه ، فإذا كان
كذلك (فيلزمه الثمن) أي فيلزم المشتري الثمن الذي وقع عليه العقد (بخلاف ما تقدم)
وهو ما إذا كان الخيار للبائع فهلك في يد المشتري .

(لأن بدخول العيب) قبل الهلاك (لا يتمتع الرد حكماً) أي من حيث الحكم
(لخيار البائع) أي لأجل خياره فلما لم يتمتع الرد لم يكن العقد منبرماً (فيهلك والعقد
موقوف) حينئذ ، فيلزمه القيمة ، لأنه ليس بأدنى حالاً من المقبوض على سوم الشرط ولم
يلزمه الثمن لعدم انبرام العقد .

وقال الكاكي ثم هذا في عيب لا يرتفع في مدة الخيار ، كقطع اليد ، وأما لو كان
عيباً يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خيار إذا زال في المدة ، فله الفسخ بعد ارتفاعه ، ولو
لم يرتفع بعد مضى المدة لزم العقد لتعذر الرد ، كذا في الإيضاح .

وعن أبي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب بأي وجه كان ، إلا في خصلة ،

قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح لأنه لم يملكها لما له من الخيار وإن وطئها له أن يردّها لأن الوطء بحكم النكاح إلا إذا كانت بكرّاً لأن الوطء ينقصها

وهي ان النقصان إذا حصل في يد المشتري بفعل البائع فلا يبطل خياره ، إن شاء رده وإن شاء أجاز البيع وأخذ من البائع الأرض ، وفي زيادة متصلة متولده في المبيع كالحسن والجمال وغيرهما يبطل خياره ، ويفسد المبيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

وقال محمد لا يمنع الرد وهو على خياره ، ولو كانت الزيادة متصلة غير متولده منه ، كالمصنع والخياطة وغيرهما لا يمنع الرد بالإجماع ، ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة منه كالولد ، والأرض ، والعقر ، والتمر ، واللبن والصوف يمنع الرد ، ويبطل الخيار ، وينعقد العقد .

ولو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالكسب ، والغلة ، والصدقة ، والهبة ، لا يمنع الرد ، وهو على خياره ، إلا انه إذا اختار للبيع فالزوائد له مع الأصل ، وإلا اختار الرد يرد الأصل مع الزوائد عند أبي حنيفة . وعندهما الأصل دون الزوائد .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) هذه مسائل تترتب على الأصل المتقدم ذكره ، وهو ان الخيار إذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة ، وعندهما يدخل ، فعلى هذا إذا اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح (لأنه لم يملكها) أي لأن الزوج لم يملك امرأته .

(لما له من الخيار ، وإن وطئها له ان يردّها) وقال أبو يوسف ومحمد يفسد النكاح ، فإن وطئها لم يستطع ردها ، وتأويل المسألة فيما إذا كانت المرأة ثيباً ، لأنها إذا كانت بكرّاً يأتي حكمها عن قريب ، وإنما يجوز له ردها عند أبي حنيفة (لأن الوطء بحكم النكاح) وليس بحكم ملك اليمين حتى يسقط الخيار .

(إلا إذا كانت بكرّاً) استثناء من قوله له ان يردّها اي إذا كانت المرأة بكرّاً ليس له أن يردّها (لأن الوطء ينقصها) فصار بمنزلة اختيار جزء منها ، فان قيل رضي

وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا يفسد النكاح لأنه ملكها
وإن وطئها لم يردها لأن وطئها بملك اليمين
فيمتنع الرد وإن كانت ثيباً ، وهذه المسألة أخوات كلها تبتنى على
وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه عتق المشتري على المشتري
إذا كان قريباً له في مدة الخيار ، ومنها عتقه إذا كان

بالنقصان لأنه لما زوجها فقد مكنها على الوطء ، وإذا ثبت الخيار فقد تمكن من الرد
فيكون راضياً بالنقصان ، لأنه لما زوجها قلنا لا نسلم أن الرضاء باق بعدما باعها ،
بل لا يتقي .

وللشافعي رضي الله عنه في حل وطئها وجهان ، أحدهما يجوز والثاني لا يجوز ،
وهو نصه ، أما لو كان البيع غير امرأته لم يحل للمشتري وطئها على الأقوال كلها .

وقال أحمد لا يحل للبائع أيضاً (وهذا) أي المذكور إلى هنا (قول أبي حنيفة ،
وقالوا يفسد النكاح لأنه ملكها) أي لأن المشتري ملك امرأته (وإن وطئها لم يردها لأن
وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وإن كانت ثيباً) لأنه كان مختاراً لها ، سواء كان الوطء
ينقصها أو لم ينقصها لأنه وطئها بملك اليمين والنكاح عندهما قد ارتفع واجمعوا على أنه لو
لم تكن امرأته بوطنها يصير مختاراً سواء نقصها الوطء أو لم ينقصها لأنه يحصل وطئها
بملك اليمين .

(وهذه المسألة أخوات) أي نظائر (كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط
الخيار) كما هو مذهبها (وعدمه) أي وتبتنى على عدم وقوع الملك للمشتري كما هو مذهب
أبي حنيفة « رح » (منها) أي من الأخوات (عتق المشتري) بفتح الراء (على المشتري)
بكسر الراء (إذا كان) أي المشتري (قريباً له) أي للمشتري (في مدة الخيار) يعني
إذا اشترى ذا رحم محرم منه بشرط الخيار لا يعتق عليه في مدة الخيار لأنه لم يملكه ،
وخياره كما كان ، فإن فسخ البيع عاد إلى ملك البائع ، وإن أجازته عتق عليه ولزمه
الثمن وعندهما يعتق عليه من زمان الشراء لأنه ملكه ويلزمه الثمن ولا يبقى خياره .

(ومنها) أي من الأخوات (عتقه) أي عتق المشتري بفتح الراء (إذا كان

المشتري حلف إن ملكت عبداً فهو حر بخلاف ما إذا قال إن
اشتريت لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ،
ومنها أن حيض المشتراة في المدة لا يجتزىء به في الاستبراء عنده ،
وعندهما يجتزىء ، ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب
عليه الاستبراء عنده

(المشتري) بكسر الراء (حلف إن ملكت عبداً فهو حر) يعني إذا قال إن ملكت عبداً
فهو حر ثم اشترى عبداً بشرط الخيار لا يعتق عند أبي حنيفة « رح » في مدة الخيار لأنه
لم يملكه خلافاً لها (بخلاف ما إذا قال إن اشتريت) عبداً فهو حر فاشتراه بالخيار
يعتق عليه ويبطل خياره ويلزمه الثمن بالإجماع (لأنه يصير كالمنشئ) من الإنشاء وهو
إثبات أمر لم يكن (للعتق بعد الشراء) لأن المعلق بالشرط كالمرسل عنده ، ولو أنشأ
العتق بعد الشراء بالخيار عتق .

(ويسقط الخيار) فكذا هذا فإن قيل لو كان كالمنشئ ينبغي أن ينوب عن الكفارة
إذا اشترى المحلوف عليه يمتقه ثاوياً عن الكفارة ، أوجب بأنه إنما جعل كالمنشئ لتصحيح
قوله فهو حر وليس من ضرورة تحريره وقوعه عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت
اليمين لأنه كالدبر في الاستحقاق ، وفيه يعمل الإنشاء للعتق لا عن الكفارة
فكذلك هذا .

(ومنها) أي ومن الأخوات (أن حيض المشتراة في المدة) أي في مدة الخيار (لا
يجتزىء به) أي لا يكتفى به يعني إذا اشترى جارية بالخيار ثلاثة أيام وقبضها فحاضت
عنده في مدة الخيار فاختارها وصارت للمشتري فلا يجتزىء بتلك الحيضة (في الاستبراء)
وعليه أن يستبرئها بحيضة أخرى (عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (وعندهما
يجتزىء) بها في الاستبراء .

(ولو ردت) أي الجارية يعني إن اختار المشتري فسخ العقد وعادت الجارية (بحكم
الخيار إلى البائع لا يجب عليه) أي على البائع (الاستبراء عنده) أي عند أبي حنيفة

وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض . ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة
بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافاً لهما

« رح » سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده لأنه لم يملكها على البائع غيره عند أبي حنيفة
« رح » (وعندهما يجب) أي الإستبراء (إذا ردت بعد القبض) بحكم الفسخ ، لأن
المشتري ملكها ، وإن كان الفسخ قبل القبض لا يجب عليه شيء ، وإن كان الخيار للبائع
فسسخ العقد فلا يجب عليه الإستبراء لأنها لم تخرج من ملكه ، فإن أجاز البيع فعلى المشتري
أن يستبرئها بعد جواز البيع ، والقبض بعيضة مستأنفة في قولهم جميعاً كذا في
شرح الطحاوي .

(ومنها) أي من الأخوات (إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له
عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (خلافاً لهما) قال صاحب النهاية لا بد من أحد
تأويلين إما أن يكون معناه اشترى منكوحة وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري
أو يكون اشترى الأمة التي كانت منكوحته وولدت منه ولدأ قبل الشراء ثم اشترى
بشرط الخيار لا تصير أم ولد له في مدة الخيار عنده خلافاً لهما ، وعلى هذا كان قوله في المدة
ظرفاً لقوله لا تصير أم ولد له لا ظرف الولادة .

وقال الأكل رحمه الله وتقدير كلامه إذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير أم ولد له في
مدة الخيار ، وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال إنما احتجنا إلى أحد الأمرين لأنه لو
أجرينا على ظاهر اللفظ ، قلنا إذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في
مدة الخيار يلزم البيع بالإتفاق ويبطل خيار الشرط ، لأن الولادة عيب ولا يمكن ردها
بعدما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار

وقال الاترازي « رح » ظاهر كلام المصنف مشكل لان المشتراة بشرط الخيار إذا
ولدت في مدة الخيار يبطل الخيار ويلزم الثمن لحدوث العيب لأن الولادة عيب في بني
آدم لا في البهائم إلا أن يوجب نقصاناً فينبغي على هذا أن تصير الجارية بالولادة في المدة
أم ولد بالاتفاق لأن المبيع إذا تعيب في يد المشتري لا يمكنه أن يرده كما قبض سليماً فعلى
هذا يقول إن المشتراة ولدت بالنكاح في مدة الخيار لكن الولادة كانت قبل القبض ، فلا

ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع
فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد ، لعدم
الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك

تصير أم ولد عنده خلافاً لها ، وإنما حملنا على هذا الاحتمال كلامه ، لأن الولادة إما أن
تقع بعد القبض أو قبله .

وللمصنف « رح » أن يقول أردت أحد هذين الوجهين ، وقال الكاكي « رح » قوله
إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح هذا إذا ولدت قبل القبض فإنه ذكر في المبسوط ولو
ولدت عند المشتري ينقطع خياره لأنها تعيبت بالولادة وتصير أم ولده بالإجماع ، فهذا
دليل على أن ما ذكر في المتن إذا كانت الولادة قبل القبض ، وعند الشافعي رضي الله عنه
تصير أم ولده على أحد القولين ، وقال تاج الشريعة « رح » أيضاً هذا إذا كانت الولادة
قبل القبض لأنها لو ولدت بعده يسقطه الخيار ويثبت الملك للمشتري بالاتفاق وتصير أم
ولده ، قلت لو قيل عقيب قوله لو ولدت المشتراة إلى آخره يعني قبل القبض لحصل
المراد واكتفى عن تطويل الكلام .

(ومنها) أي ومن الأخوات (إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع) يعني اشترى
شيئاً بعينه على أنه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه بإذن البائع (ثم أودعه عند البائع) في مدة
الخيار (فهلك في يده) أي فملك المبيع في يد البائع (في المدة) أي في مدة الخيار أو
بعدها (هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده) لأن الوديعة لم تصح
لعدم ملك المودع ، وإذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وأنه من مال البائع
لأن من مذهب أبي حنيفة « رح » أنه لم يملكه المشتري .

(وعندهما من مال المشتري) أي الهلاك يكون من مال المشتري (لصحة الإيداع
باعتبار قيام الملك) لأن المشتري يملكه فصار مودعاً ملك نفسه ، فصار هلاكه في يد
المودع كهلاكه في يده ، لأن يد المودع كيده ، ولو كان الخيار للبائع فسلمه إلى المشتري
ثم إن المشتري أودعه البائع في مدة الخيار ثم هلك في يد البائع قبل جواز البيع أو بعده

ومنها لو كان المشتري عبداً مأذوناً له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لأن الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه ، وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكاً بغير عوض وهو ليس من أهله ،

يبطل البيع في قولهم جميعاً ، ولو كان البيع بائناً فقبضه المشتري بإذن البائع أو بغير إذنه والثمن منقود أو مؤجل وله فيه خيار الرؤية أو خيار العيب فأودعه البائع فهلك في يد البائع هلك على المشتري ولزمه الثمن بالإجماع لأن خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنعان وقوع الملك فصار مودعاً ملك نفسه كذا في شرح الطحاوى .

(ومنها) أى من الأخوات (لو كان المشتري عبداً مأذوناً له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده) أى عند أبي حنيفة رحمه الله بيانه عبد مأذون له في التجارة اشترى من حر سلعة بدرهم معلومة على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم إن البائع أبرأه عن الثمن ، فالقياس أن لا يصح إبرأؤه لأنه لا يملك الثمن ، وفي الإستحسان صح إبرأؤه لأنه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد فإذا صح إبرأؤه ففي قول أبي حنيفة « رح » خياره على حاله إن شاء اختار السلعة وتكون له بغير ثمن وإن شاء فسخ وعاد إلى البائع بغير ثمن ، وعندهما بطل خياره ولا يملك الفسخ والرد لان مذهبهما أنه ملكها ، وفي الفسخ والرد تمليك منه للبائع بغير بدل وهو ليس من أهل ذلك ، وعند أبي حنيفة « رح » لم يملك فيكون في الفسخ والرد امتناع عن التملك .

(لأن) كمالك (الرد) يكون له في الفسخ والرد (امتناع عن التملك والمأذون له يليه) أى الامتناع أى له ولاية الامتناع (وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه) أى لما ملك البيع (كان الرد منه تمليكا بغير عوض) أى بغير ثمن فيكون متبرعاً (وهو) أى المأذون له (ليس من أهله) أى من أهل التملك ، فإذا امتنع الرد بطل الخيار ضرورة ، وعند الشافعي رضي الله عنه وإن كان الملك للبائع فكما قاله وإن كان للمشتري فكما قاله .

ومنها إذا اشترى ذمي من ذمي خمراً على أنه بالخيار ثم أسلم بطل
 الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل
 البيع لأنه لم يملكها فلا يملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم
 قال ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار ، وله أن يجيز ،
 فإن أجاز بغير حضرة صاحبه جاز ، وإن فسخ لم يجز إلا أن
 يكون الآخر حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد «رح»

(ومنها) أى ومن الاخوات (إذا اشترى ذمي من ذمي آخر خمراً) أو خنزيراً (على
 أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما) أى ثم أسلم المشتري بطل الخيار عند أبي يوسف
 ومحمد «رح» (لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها) لأن
 المسلم لا يملك تمليك الحر (فلا يملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم) أى والحال أنه مسلم ،
 وذكر خيار المشتري وإسلامه لأنه إذا كان الخيار للبائع وأسلم البائع يبطل
 البيع بالإجماع .

وذكر الإمام الترمذ في مسائل على هذا الأصل منها إذا اشترى مسلم من مسلم عصيراً
 بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده وعندهما ثم ومنها إذا كان المشتري داراً وهو
 ساكنها بإجارة أو إعارة فاستدام السكنى بعد الشرط قال الإمام السرخسي «رح»
 لا يكون اختياراً وابتداء السكنى اختيار لان الدار لا تمتحن بالسكنى ، وقال شيخ
 الإسلام خواهر زاده «رح» استدامة السكنى اختيار عندهما لأنه يملك الثمن ، وعنده
 ليس باختيار لأنه بالإجارة أو الإعارة ومنها حلال اشترى طبيباً بالخيار فقبضه ثم أحرم
 والطبيب في يده ينتقض البيع عنده ويرد إلى البائع وقال يازم المشتري ولو كان الخيار
 للبائع ينتقض بالإجماع ولو كان الخيار للمشتري فأحرم البائع للمشتري أن يرده .

(قال) أى القدوري (ومن شرط له الخيار) سواء كان بائناً أو مشترياً أو راضياً
 (فله أن يفسخ) أى العقد (في مدة الخيار وله أن يجيز فإن أجاز بغير حضرة صاحبه
 جاز ، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد «رح») وبه

وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي «رح»، والشرط هو العلم، وإنما
كنى بالحضرة عنه، وله أن يسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه
كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه، وصار كالوكيل بالبيع، ولهما أنه يتصرف
في حق الغير وهو العقد بالرفع، ولا يعرى عن المضرة لأنه عساه
يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك
فما إذا كان الخيار للبائع أولاً يطلب لسلمته مشترياً

قال مالك «رح»، (وقال أبو يوسف «رح» يجوز وهو قول الشافعي رضي الله عنه)
وأحد ومالك «رح» في رواية وزفر رحمه الله .

(والشرط هو العلم) قال القدوري بغير حضرة صاحبه وقال المصنف «رح» الشرط
العلم أى علم صاحبه بالفسخ، (وإنما كنى بالحضرة عنه) أى عن العلم يعني ذكر السبب
فأراد المسبب لأن الحضور سبب العلم وليس المراد منه الكناية الاصطلاحية لأرباب البلاغة
لكن المراد به استتر به المراد (له) أي لأبي يوسف «رح» (أنه) أي من شرط له
الخيار (مسلط على الفسخ) أي على فسخ العقد (من جهة صاحبه) وكل من هو كذلك
(فلا يتوقف) فعلة (على علمه كالإجازة) فإن فيها لا يشترط العلم بالإجماع .

(ولهذا) أي ولأجل عدم توقف فعلة على علم صاحبه (لا يشترط رضاه) يعني في
الفسخ (وصار) أي من له الخيار (كالوكيل بالبيع) فإن للوكيل أن يتصرف فيما وكل
به ، وإن وكل به وإن كان الموكل غائباً لأنه مسلط على البيع من جهته فكذا ها هنا
(ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد «رح» (أنه) أي أن الفسخ (تصرف في حق الغير)
وهو من ليس له الخيار (وهو العقد بالرفع) في حق المتعاقدين (فلا يعرى عن المضرة)
أي لا يخلو عن المضرة (لأنه) أي لأن ليس له الخيار (عساه) أي لعله (يعتمد تمام
البيع السابق فيتصرف فيه) أي في المبيع ثم ليظهر أنه تصرف في مال غيره .

(فيلزمه غرامة للقيمة بالهلاك) أي يهلك ، ولا خفاء في كونه ضرراً هذا (فيما إذا
كان الخيار للبائع أولاً يطلب) أي البائع (لسلمته مشترياً) أي مشترياً آخر ، وهذا نوع

فيا إذا كان الخيار للمشتري ، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه ،
وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لأنه لا إزام فيه ولا تقول أنه
مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في
غير ما يملكه المسلط ، ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه
في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ، ولو بلغه بعد مضي المدة تم
العقد بمضي المدة قبل الفسخ

ضرر (فيا إذا كان الخيار للمشتري) لأنه قد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع (وهذا
نوع ضرر) لغواتها ، فإذا كان كذلك (فيتوقف) أي القول (على علمه وصار كعزل
الوكيل) فإنه موقوف على علمه بعزل الموكل كيلا يتضرر بلزوم الثمن فيا إذا كان وكيلا
بالشراء ، ويبطلان قوله فيا إذا كان وكيلا بالبيع (بخلاف الإجارة لأنه لا إزام فيه)
لأنها إتمام للعقد السابق فلم يحتج إلى حضور صاحبه .

(ولا تقول أنه) أي أن من له الخيار (مسلط) أي على الفسخ ، هذا جواب عن
قول أبي يوسف « رح » أنه مسلط (وكيف يقال ذلك وصاحبه) هو الذي لا خيار له
(لا يملك الفسخ) للزوم العقد من جانبه فكيف تملك تسليط عليه (ولا تسليط في غير
ما يملكه المسلط) بكسر اللام (ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه) أي خبر
الفسخ (في المدة) أي في مدة الخيار (تم الفسخ لحصول العلم به ، ولو بلغه) أي ولو
بلغ صاحبه (بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ) لأن تمام المدة دلالة
لزوم العقد .

واعلم أن مدار دليلها إزام ضرر زائد غير مرضى به ، فإذا فات المجموع أو بعضه
في بعض الصور لا يكون نقضاً فلا يرد ما قيل الطلاق والعناق والمفوع عن القصاص يلزم
منها في حق غير الفاعل لإزام ، وهو مسوخ لأن ذلك من الإسقاط وما هو كذلك ليس
فيه شيء من الإلزام كاسقاط الحمل عن الدابة لا يكون الزاماً عليها إنما للزوم في جانب
من أسقط ، وكلامنا في الحكم الذي على الغير ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها

يلزم المرأة ، وإن لم تعلم لأنه ليس فيها الزام لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزاماً ، وإنما هي استدامة ملك النكاح ولا ما قيل اختيار المجيزة ينقد على زوجها وإن لم يعلم به لأن اختيارها لا يتصور بغير حضور زوجها كذا في مختصر الأسرار ولا ما قيل اختيار الأمة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لأن الملك ازداد عليها بالحرية حيث لزمها المقام في منزل الزوج فكان لها أن تدفع تلك الزيادة برفع العقد ولا ما قيل اختيار المالك دفع عقد الفضولي يلزم العاقلين بلا علم ، وفيه الزام عليهما لأنه امتناع عن العقد لا إلزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة ، وإن لم تعلم لأنه لا ضرر في العدة ، ولكونه بإيجاب الشرع نصاً وقت الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فإنه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الإجازة وهو غير مرضي به من جانب الآخر ولا يلزمه إلا بعلمه .

ثم اعلم أن شرط الخيار إذا كان للبائع فجواز العقد ونفوذه بأحد معان ثلاثة إما بقوله أجزت البيع في المدة ، ولا يشترط حضرة الآخر ، وإما بموت البائع في المدة لأن الخيار لا يورث عندنا ، وأما بمضي مدة الخيار من غير فسخ ، وأما الفسخ فيثبت بالقول والفعل أما القول فبقوله فسخت البيع ، فإذا قال لك أنفسخ البيع بلا رضى المشتري ولا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي ، ولكن يشترط حضوره عندهما خلافاً لأبي يوسف «رح» ، وأما الفعل فكما إذا تصرف في المبيع في مدة الخيار تصرف المالك كالاغتياق والبيع والتقبيل ونحو ذلك ، فإن العقد ينفسخ حكماً حضر المشتري أولاً بالإجماع .

وأما إذا كان الخيار للمشتري فجواز العقد ونفاذه بالمعاني الثلاثة التي ذكرناها وبمعاني آخر سواها نحو أن يصير المشتري في يد البائع فالمشتري بحال لا يملك المشتري الفسخ على تلك الحالة كما إذا ملك المعقود عليه أو انتقص في يد المشتري نقصاناً يسيراً أو فاحشاً بفعل المشتري أو بفعل البائع أو بأقبة سماوية أو بفعل الأجنبي أو بفعل المعقود عليه بطل

خياره نفذ البيع وهذا عند أبي يوسف « رح » كذلك إلا فيما إذا حصل النقصان بفعل البائع حيث لا يبطل خيار المشتري إن شاء رده عليه وإن شاء اختاره وأخذ من البائع الإرش ، وفي المحيط إذا كان الخيار للبائع ينفذ العقد بإجازته وبموته وبمضي المدة قبل الفسخ وبالإغماء والجنون وإن أفاق في المدة .

قال الاسبيجاني الأصح انه على خياره ، فلو سكر من الخمر لم يبطل خياره بخلاف السكر من البنج ، ولو ارتد فعلى خياره ، إجماعاً ، فلو تصرف بحكم خياره يتوقف عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما ، أما الفسخ إما بالقول أو بالفعل وهو أن يتصرف البائع تصرف المالك في مدة الخيار كما إذا أعتقه أو دبره أو كاتبه أو علق بها فوجد الشرط أو باعه من غيره أو وهبه وسلمه أو رهن أو أجر ، وإن لم يسلم على الأصح وهذه التصرفات فسخ بغير علم المشتري إجماعاً إلا رواية عن محمد رحمه الله وقبض الثمن من البائع ليس بإجازة ، وكذا هبته وارتهانه ، إلا إذا استفيد له بغيره كالدرهم والدنانير .

ولو باع جارية بعبد على انه بالخيار في الجارية فهبته العبد أو عرضه على البيع إجازة ، وعرضها على البيع ليس بفسخ على الأصح ولو أبرأه من الثمن أو اشترى منه به شيئاً أو ساومه به فهو إجازة ، ولو توارى المشتري في مدة الخيار يبعث إليه القاضي من بعد فإن ظهر وإلا أبطله إلا أن يحيى في المدة ولو كان الخيار للمشتري فتفاده بما ذكرناه من الأمور في حق البائع وبالتصرف تصرف الملاك فوطئه إجازة والاستخدام لا والاستخدام ثانياً إجازة إلا إذا كان في نوع آخر ، والركوب امتحاناً ليس بإجازة ، وكذا لو ركبها لحاجة أو سفر أو حمل عليها إلا علفها عند محمد « رح » .

والركوب للرد والسقي والاعلاف إجازة ، وقيل إن لم يمكن بدون الركوب فلا يكون إجازة كما في خيار العيب ولو أمر الغلام بعمل شيء أو حلق رأسه أو غسله فليس يرضى ، ولو كان المشتري كتاباً ففسخ منه لنفسه أو لغيره لا يبطل خياره ، وإن قلبت الأوراق وبالدرس منه يبطل خياره ، وقيل على عكسه وبه أخذ أبو الليث .

قال وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته . وقال الشافعي « رح » يورث عنه لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين وله أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله ، والارث فيما يقبل الانتقال

(قال) أى القدورى (وإذا مات من له الخيار) وهذا التعبير يتناول البائع والمشتري وغيرهما جميعاً ، وقيل بموت من له الخيار لأنه يموت من عليه الخيار لا يبطل بالإجماع (بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته ، وقال الشافعي رضي الله عنه يورث عنه) وبه قال مالك (لأنه) أى لأن الخيار (حق لازم) حتى إن صاحبه لا يملك إبطاله ، وإنما قال حق لأن حق الإنسان ما يتولى إثباته واسقاطه ، ولازم لأن صاحبه لا يتمكن من إبطاله (ثابت في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب) والرؤية (والتعيين) أى وكخيار التعيين صورته رجل اشترى عبدين على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء بألف ويرد الآخر ثم مات المشتري يقوم وراثته مقامه في اختيار أحدهما .

(وله أن الخيار ليس بالمشيئة وإرادة) وكلاهما منصوبان على أنها بدلان عن خبر ليس أى ليس الخيار شاء المشيئة وإرادة . قال فاج الشريعة « رح » لأن الشاري هو الفاعل عن ملك واختيار لا عن أمر واجبار ومشية الإنسان تنقطع بموته كقدرته لأنها صفته ولا تبقى بعد الموصوف (فلا يتصور انتقاله) أى انتقال الخيار لأنه ليس إلا مشيئة وإرادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال (والارث فيما يقبل الانتقال) لأنه خلافة عن المورث بنقل الأعيان الى الوارث ، هذا معقول لا معارض له ، من المنقول ، فيكون معمولاً به لا يقال قال رسول الله ﷺ من ترك مالاً أو حقاً فلورثته الخيار حق فيكون لورثته ، لأن المراد به حق قابل للانتقال لا بدليل قوله فلورثته الخيار ، ليس كذلك فإن قيل المالكية صفة تنقل من المورث اليه في الأعيان فهل لا يكون الخيار كذلك وأجيب بأن المنتقل هو العين ، فإن قيل المالكية ضمني فليكن الخيار خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمناً ، وأجيب

بمخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليماً، فكذا الوارث
فأما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت ابتداء لاختلاط ملكه
بملك الغير لا أن يورث الخيار .

بأن الخيار ليس من لوازم البيع بل الأصل عدمه ، وكمن يبيع لا خيار فيه بخلاف
المملوك فإنه يستلزم ملكيته مالك ، وفيه نظر ، فإن الكلام في البيع بشرط الخيار لا
في مطلقه والخيار يلزمه والصواب أن يقال الفرض الأصلي من نقل الأعيان ملكيتها وليس
الخيار في البيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الفرض الأصلي انتقال ما
ليس كذلك ، فإن قيل القصاص ينتقل من المورث إلى الوارث بذاته من غير تعيين العين
فليكن الخيار كذلك ، أجيب بأنه ثبت للمورث ابتداء لأنه شرع للتشقي والخيار يثبت
بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقده ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم
فتورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لأن كلامنا مع من يقول بالنقل وما
ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم ملتزم ما ذكرنا قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في
حق العاقده وفي حق الوارث ، والاول مسلم ولا كلام فيه ، والثاني عين النزاع ، هذا كله
لخصه الاكمل من كلام السفناتي « رح » وغيره فنقلناه مثل ما نقله تكثريراً للفائدة .

(بخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه الشافعي رضي الله عنه (لان المورث
استحق المبيع سليماً ، فكذا الوارث) لانه قائم مقامه فكان ذلك نقلاً في الأعيان
(فأما نفس الخيار لا يورث) لانه لا يتصور انتقاله كما ذكرناه فلا يجرى فيه الإرث
(وخيار التعيين) هذا جواب عما قاسه الشافعي رضي الله عنه تقريره أن خيار التعيين
(يثبت للوارث ابتداء) لا بسبيل الإرث يعني أنه بطل ذلك الخيار الاول ، ويحد
للوارث خيار آخر حكماً (لاختلاط ملكه بملك الغير) لانه ملك أحد العبدین مجهولاً ،
لان ملكه أحدهما ، وقد اختلف بملك صاحبه فثبت لها التعيين بعملة مجهولة ملكه ، فإما
أن يكون ذلك بالإرث فلا (لأن يورث الخيار) كما مر غير مرة .

فإن قلت المكاتب اذا مات وخلف ولداً ولد في الكتابة ينتقل اليه الكتاب مع الاجل
والتنجيم ، قلت انتقال الكتابة إلى الولد بسبيل السراية لا بسبيل الإرث لان المكاتب لا

قال ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار بغيره فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض

يورث ولا يلزم خيار الصفة وهو ما إذا اشترى على أن له الخيار لأن فيه معنى المال ولا يلزم الرهن والكفالة والضمان حيث يورث هذه الأشياء لأن فيه وثيقة ومعنى المال وكذلك القصاص يؤول إلى مال .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره) المراد من الغير ما هنا غير العاقدين حتى يأتي خلاف زفر « رح » (فأيهما أجاز) أي من المشتري ، ومن الشروط له الخيار (جاز ، وأيهما) أي الإثنين المذكورين (نقض) أي العقد (انتقض) أي العقد ، وقال الكاكي فإن قيل قوله فأيهما أجاز إلى آخره جملة استفهامية لا تصلح خبراً للمبتدأ وهو قوله ومن اشترى فيبقى المبتدأ بلا خبر . قلنا المبتدأ معنيان أحدهما الإبتداء والثاني الشرطية فيقتضي الخبر والجزاء هنا وقع موقع خبر فيكون الخبر محذوفاً وهو قوله أجاز ، وينحقق هذا المعنى في ضمن الخبر لأنه لما جاز بالإجازة لا بد وأن يكون الاشتراط للغير جائزاً كما في قوله تعالى ﴿ الزانية والزاني ﴾ ٢ النور ، وقوله ﴿ فاجلدوا ﴾ لا يصلح خبراً لكونه طلباً ، وفي ضمنه خبره وهو وجوب الجلد المستفاد منه تقديره الزانية والزاني يجب عليهما الحد فاجلدوا ... انتهى .

واعترض عليه بعضهم بقوله ما جواب هذا العامل زيد من أبوه ونحوه قوله ، وقال الأكمل ومن اشترى وشرط الخيار لغيره تقدير كلامه من اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فأيهما أجاز جاز قلت هذا له وجد وهو أحسن من تطويل الكاكي على أن التقدير في الآية على ما تقتضيه لقاعدة الزانية والزاني يقال فيه فاجلدوا ، وكذلك التقدير في قول المعترض بقوله زيد من أبوه زيد يقال فيه من أبوه .

وبقولنا فيه قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح ومالك وأحمد رضي الله عنهما ولكن للشافعي رضي الله عنه فيه وجهان أحدهما أنه يصح للغير وحده والثاني يثبت له مع العاقد وعنه في قول لا يصح وبه قال زفر رحمه الله ، وفي فساد البيع وجهان في وجه

وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً ، وفي القياس لا يجوز ، وهو قول زفر «رح» لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري . ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه

يفسد البيع ، وفي وجه البيع صحيح والشرط فاسد (وأصل هذا) أي أصل هذا المذكور من المسألة (أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً ، وفي القياس لا يجوز ، وهو قول زفر «رح» لأن الخيار من مواجب العقد) أي من مقتضاته (وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره) لأنه خلاف ما يقتضيه العقد (كاشتراط الثمن على غير المشتري) أو اشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط الكل لغيره .

(ولنا أن الخيار لغير العاقد قد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد) إذ لا وجه لإثباته للغير أصالة (فيقدر الخيار له) أي للعاقد (اقتضاء) أي من حيث الاقتضاء تصحيحاً لعرف العاقد على حسب الإمكان فيجعل كأنه شرط لنفسه (ثم يجعل هو) أي يحمل من له الخيار (نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه) أي لتصرف العاقد ، فكان ثبوت الخيار للعاقد مقتضى صحة ثبوت الخيار للأجنبي وفيه بحث من وجهين أحدهما إن شرط الإقتضاء أن يكون المقتضى أو في منزلة من المقتضى ألا ترى أن من قال لعبد له حنت في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحرير الإقتضاء لأن التحرير أقوى من تصريح التكفير لكونه أصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه ، ولا خفاء أن العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء ، والثاني أن اشتراط الخيار لغيره لو جاز اقتضاء تصحيحاً لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولاً ثم على الغير كفالة عنه كذلك .

وأجيب عن الأول بأن الإعتبار للمقاصد والغير هو المقصود بأشراط الخيار فكان هو الأصل بطل إلى الخيار ، والعاقد أصل من حيث التمليك لا من حيث الخيار فلا يلزمه

وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز
وأيهما نقض انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق
لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ، ولو خرج الكلامان منهما معاً
يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الأول
أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني أن
الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة

ثبوت الأصل تبعية فرعه ، وأما الحرية فإنه الأصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت
تبعاً لفرعه ، وعن الثاني بأن الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بدون التزام المطالبة ،
والمذكور هنا هو الثمن على الأجنبي وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضى ، ولو صححت
الكفالة بطريق الإقتضاء كان مبطلاً للمقتضى وعاد على موضوعه بالنقص فإن قيل فليكن
بطريق الحالة فإن عنها المطالبة بالدين فالجواب أن المشتري أصل في وجوب الثمن عليه فلا
يحوز أن يكون قابلاً لفرعه وهو المحال عليه .

(وعند ذلك) أي عند ثبوت الخيار لها (يكون لكل واحد منهما الخيار) أي
للعاقد ولن شرط له الخيار (فأيهما أجاز) أي العقد (جاز وأيهما نقض انتقض ، ولو
أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج
الكلامان منهما معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية) وهي رواية كتاب البيوع (وتصرف
الفاسخ في أخرى) أي ويعتبر تصرف الفاسخ وهو الذي فسخ العقد في رواية أخرى وهي
رواية كتاب المأذون (وجه الأول) أي وجه اعتبار تصرف العاقد (أن تصرف العاقد
أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه ، وجه الثاني) أي وجه اعتبار تصرف الفسخ وهي
رواية كتاب المأذون (أن الفسخ أقوى لأن المجاز) بضم الميم (يلحقه الفسخ) كما لو أجاز
المبيع ملك عند البائع .

(والمفسوخ لا تلحقه الإجازة) فإن العقد إذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه
الإجازة ونوقض بما إذا تراضيا على فسخ الفسخ وعلى إعادة العقد بينها جاز فسخ الفسخ

ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف
وقيل الأول قول محمد «رح» والثاني قول أبي يوسف «رح» ،
واستخرج ذلك إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معاً
فمحمد «رح» يعتبر فيه تصرف الموكل ، وأبو يوسف «رح»
يعتبرهما . قال ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار

ليس إلا هو إجازة البيع في المفسوخ ، وأجيب بأن هذا ليس بإجازة للفسخ بل هو
بيع ابتداء .

(ولما ملك كل واحد منهما التصرف) هذا كأنه جواب عما يقال أن كل واحد من
الفاسخ والتخير يملك التصرف فأبي تصرف من التصرفين يرجح على الآخر فذاك ، ولما ملك
كل واحد منهما التصرف من الإجازة والفسخ (رجحنا بحال التصرف) لأن كل واحد
منهما أصل العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار ، فلم يترجح الأمر إلا
من حيث التصرف فرجحنا من حيث حال التصرف وهو فوقه والنقض يفسخ الإجازة
والإجازة لا تفسخ النقض ، فكان النقض أولى لا يقال النقض والإجازة من توابع الخيار
فكان الخيار ترجيح تصرف من له الخيار لأن جهة تملك العاقد عارضة في ذلك .

(وقيل الأول) هو أن تصرف العاقد أقوى (قول محمد «رح» والثاني) هو تصرف
الفاسخ (قول أبي يوسف «رح» واستخرج) على صيغة المجهول (ذلك) إشارة إلى
الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد «رح» في ذلك أراد أن المنسوب إليهما ليس منقول عنها
وإنما استخرج (مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل) أي باع الموكل (من غيره معاً) أي
في حالة واحدة (فمحمد «رح» يعتبر فيه تصرف الموكل ، وأبو يوسف «رح» يعتبرهما) أي
يعتبر تصرفهما ويحمل البيع مشتركاً بينهما بالنصف ويخير كل واحد من المشتركين إن
شاء أخذ النصف بنصف الثمن وإن شاء نقض البيع .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار

في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد ، فإن باع كل واحد منهما بخمس مائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز المبيع والمسألة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع ، لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فيبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم ، والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانياً في الكتاب ، وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم ، وقبول العقد

في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد ، فإن باع كل واحد منهما بخمس مائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز المبيع (أي يختار الشرط في أحد العبدین معیناً) والمسألة على أربعة أوجه ، أحدها (أي أحد الأوجه) أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب (أي الجامع الصغير .

(وفساده) أي فساد هذا الوجه (لجهالة الثمن والمبيع ، لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد) لأنه يشبه الاستثناء ، إما لأن العقد غير لازم في الذي لا خيار فيه (إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم) أي وهو ثبوت الحكم (فيبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم) وما هو كذلك فثمنه مثله فيفسد البيع كما في البيع بثمن بطريق الحصة ابتداء .

(والوجه الثاني) وهو أن يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما ، وهو معنى قوله (أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار ، وهو المذكور ثانياً في الكتاب) أي الجامع الصغير (وإنما جاز) أي البيع هنا (لأن المبيع معلوم والثمن معلوم) فجاز لارتفاع الجهالة (وقبول العقد) هذا جواب شبهة وهي أن يقال ينبغي أن يفسد العقد في هذا أيضاً لوجود المفسد ، وهو قبول العقد في الذي يدخل في العقد لأن

في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاده في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلاً للبيع كما إذا جمع بين قن ومدبر. والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين ، إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن . قال ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز ، وكذلك الثلاثة ، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد والقياس أن يفسد المبيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر «رح»

العبد الذي فيه الخيار غير داخل حكماً ، كما إذا جمع بين حر وقن فإنه لا يجوز العقد في القن وإن فصل الثمن لما أنه جعل قبول العقد في الحر شرط صحة العقد في القن ، فأجاب بقوله وقبول العقد (في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر) أي في العبد الآخر .

(ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه) أي لكون من فيه الخيار (محلاً للبيع) فكان داخلاً في العقد وإن لم يدخل في الحكم فصار (كما إذا جمع بين قن ومدبر) في البيع في أن المدبر محل للبيع حتى أن القاضي لو قضى يجوز بيعه نقداً فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسداً للعقد في الآخر بخلاف ما إذا جمع بين حر وقن فإن الحر ليس بمحل للبيع أصلاً فلم يكن داخلاً في العقد ولا في الحكم ، فإن قلت في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسداً أوجب بأنه ليس فيه نفع لأحد المعاقدين ولا للمقود عليه فلا يكون مفسداً . (والثالث) أي الوجه الثالث (أن يفصل) أي الثمن (ولا يعين) أي الذي فيه الخيار (والرابع) أي الوجه الرابع (أن يعين) أي الذي فيه الخيار (ولا يفصل) أي الثمن (والعقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن) وكل منها مفسد للبيع (قال) محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز ، وكذلك الثلاثة) أي الأثواب الثلاثة (فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر

والشافعي «رح» وجه الاستحسان وإن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن
ليختار ما هو الأرفق والأوفق ، والحاجة إلى هذا النوع من البيع
متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله ،
ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع ، فكان في معنى ما ورد به
الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط
والرديء فيها والجهالة لا تقضي إلى المنازعة في الثلث لتعيين
من له الخيار ،

والشافعي رضي الله عنها وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار
ما هو الأرفق (أي بالنظر إلى الثمن) والأوفق (أي بحاله .
(والحاجة إلى هذا النوع من البيع) أراد بهذا النوع أن يشتري أحد الثوبين أو أحد
العبدین علی أن يأخذ أيها شاء بثمن معلوم (متحققه لأنه) ربما (يحتاج إلى اختيار من
يثق به) لخبرته (أو اختيار من يشتري لأجله) كأمراءه وبنته (ولا يمكنه البائع)
بتشديد الكاف (من الحمل إليه) أي إلى من يثق به أو إلى من يشتريه لأجله (إلا بالبيع
فكان) باعتبار الحاجة (في معنى ما ورد به الشرع) وهو شرط الخيار ثلاثة أيام (غير
أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث) أي بالثياب الثلاث (لوجود الجيد والوسط والرديء
فيها) أي الحاجة إلى الاختيار بالثلاث لاختلاف الأوصاف في الثياب وهي ثلاثة الجيد
والوسط والرديء فيها أي في الثياب .

(والجهالة لا تقضي إلى المنازعة) هذا جواب عما قال الإمام الشافعي «رح» وزفر
«رح» ، ومن الجهالة في وجه القياس تقريره أن هذه الجهالة لا تقضي إلى المنازعة (في
الثلث) أي في الثياب الثلاث (لتعيين من له الخيار) لأنه لما شرط الخيار لنفسه استبد
بالتعيين فلم يبق له منازع ، فكان علة جوازه من الحاجة وعدم كون الجهالة تقضي إلى
المنازعة فاما عدم المنازعة فإنه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الأثواب ثلاثة
أو أكثر وأما الحاجة لأنها تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والرديء .

وكذا في الرابع إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة ، وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما ، ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير ، وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقاً لا شرطاً ، أو إذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث

(وكذا في الرابع) أي في الثياب الأربع لا يفضي إلى المنازعة (إلا أن الحاجة إليها) أي الأربع (غير متحققة) لوجود جميع الأوصاف المذكورة في الثلاث ، ولأن في الأربعة قد ينفق ثوبان على صفة واحدة فيحتاج إلى اختيار آخر فتكثر الجهالة .

(والرخصة) مبتدأ وقوله (ثبوتها) مبتدأ آخر وقوله (بالحاجة) خبره والجملة خبر المبتدأ الاول (وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما) بالجر عطفاً على قوله بالحاجة حاصل المعنى جواز البيع مع الشرط رخصة وثبوتها مع الحاجة وقد انعدمت في الرابع ، ولكن الرخصة انما تكون بالحاجة وعدم الإفضاء إلى الجهالة (ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين) أشار بهذا الى بيان اختلاف المشايخ في اشتراط خيار الشرط مع خيار التعيين منهم من قال يشترط واليه مال الكرخي « رح » (وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير) فإنه ذكر هذه المسألة ولم يذكر فيها خيار الشرط (فيكون ذكره) أي ذكر خيار الشرط (على هذا الاعتبار) أي على اعتبار الجامع الكبير (وفاقاً لا شرطاً) أي على سبيل الاتفاق لا على سبيل الشرط ، وقال فخر الإسلام « رح » في جامعه والصحيح عندنا أنه ليس بشرط وهو قول محمد بن شجاع البلخي « رح » .

(وإذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث) أي بثلاثة أيام

عنده ، وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما ، ثم ذكر في بعض النسخ
اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح
لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة ، والأول تجوز
واستعارة ، ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه
وتعين الآخر للأمانة

(عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (وبمدة معلومة) أي لا بد من توقيت خيار التعين
بمدة معلومة (أيتها كانت) أي المدة كانت زائدة على الثلاث أو غير زائدة بعد أن كانت
معلومة (عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد كما في خيار الشرط ، وقال شمس الأئمة في
جامعه وهو الصحيح ، وهو قول الكرخي « رح » . وإن مات المشتري في الأيام الثلاثة
يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعين للوارث فلا يردهما الوارث ، وله أن يعين أحدهما ويرد
الآخر ، وكذا في جامع قاضي خان ، وفي الذخيرة هذا إذا كان الخيار للمشتري ، فإن
كان للبائع بأن قال بعثك هذين الثوبين على أني بالخيار لا عين المبيع في أحدهما لم يذكر
محمد « رح » هذه المسألة في بيوع الأصل ولا في الجامع الصغير ، وذكر الكرخي « رح »
في مختصره أنه يجوز استحساناً لا قياساً لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فكذا يجوز
مع خيار البائع قياساً على خيار الشرط ، وذكر في المهرود أنه لا يجوز لأن هذا باعتبار
الحاجة والبائع لا يحتاج إليها .

(ثم ذكر في بعض النسخ) أي في بعض نسخ الجامع الصغير (اشترى ثوبين) كما هو
المذكور أولاً (وفي بعضها اشترى أحد الثوبين) فحاصله أن الرواية اختلفت في نسخ
الجامع الصغير ، قال المصنف (وهو الصحيح) أي قوله اشترى أحد الثوبين هو الصحيح
(لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة ، والأول) هو قوله ثوبين (تجوز) يعني
مجاز لأن المشتري أحد الثوبين فكان من قبيل إطلاق الكل على البعض (واستعارة ولو
هلك أحدهما) أي أحد الثوبين (أو تعيب لزمه البيع فيه) أي في الهالك أو المتعيب
(بثمنه) الذي وقع عليه العقد (وتعين الآخر) أي الثوب الآخر (للأمانة) لأنه إنما

لامتناع الرد بالتعيب ، ولو هلكا جميعاً معاً يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعاً ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما ، لأن الباقي خيار التعين للاختلاط ، ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فأما خيار الشرط لا يورث ، وقد ذكرناه من قبل ، ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها

اشترى أحدهما لا غير وإنما قبض الآخر ليرد على البائع إذا تعين أحدهما لا يملكه ولا على سوم الشراء ، وقد تعين أحدهما هنا فيبقى الآخر أمانة لأنه قبضه بإذن البائع لا على حرمة البيع فلم يلزمه شيء بسببه (لامتناع الرد بالتعيب) تعليل بقوله أو تعيب (ولو هلكا) أي الثوبان (جميعاً معاً يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيها) أي في الثوبين ، وقيد بقوله معاً لما أنها لو هلكا على المتعاقب يتعين الأول للبيع إذا علم السابق ، وإذا لم يدر السابق لزمه ثمن نصف كل واحد منهما كما لو هلكا معاً .

(ولو كان فيه) أي في هذا البيع (خيار الشرط له أن يردهما جميعاً) لأنه أمين في أحدهما فيرده بحكم الأمانة ، وفي الآخر مشتر بشرط الخيار فيتمكن من رده كذا في المبسوط (ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعين) لأن خيار الشرط بطل بموت من له الخيار (للاختلاط) أي لأجل اختلاط ملكه بملك الغير (ولهذا) ولأجل الباقي خيار التعين (لا تتوقف في حق الوارث) لأنه لم يثبت له بسبيل الإرث بل لاختلاط ملكه بملك الغير فلو كان الباقي خيار الشرط لرددهما الوارث جميعاً . (فأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل) يعني عند قوله وإذا مات من له الخيار بطل خياره (ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) أي الأخذ بالشفعة رضا (لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها) أي

لأنه ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقاً عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتاً وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة «رح» خاصة . قال وإذا اشترى الرجلان غلاماً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة «رح» ، وقالوا أن يرده ، وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية

في الدار التي اشتراها بالخيار (لأنه) أي لان طلب الشفعة (ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلك) أي دفع ضرر الجار (بالاستدامة) أعني باستدامة الملك في الدار المشتراة بالخيار .

(فيتضمن ذلك) أي اختيار الملك (سقوط الخيار سابقاً عليه) أي على طلب الشفعة (فيثبت للملك من وقت الشراء فتبين أن الجوار كان ثابتاً) عند بيع الدار الثانية وهو يوجب الشفعة (وهذا التقرير) الذي ذكره من قوله لان طلب الشفعة يدل على اختيار الملك إلى آخره (يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة «رح» خاصة) إنما قال خاصة لان عندهما يدخل المبيع في ملك المشتري فلا يحتاج إلى التقرير الذي يؤدي إلى اختيار المالك ، قال الإمام السرخسي «رح» وجوب الشفعة مذهبها ظاهر ، وأما عند أبي حنيفة «رح» فلأنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالأذن المستغرق بالدين أو المكاتب فإنهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقة الدار بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فالمشترى هناك لم يصير أحق بالتصرف فيها .

(قال) محمد «رح» في الجامع الصغير (وإذا اشترى الرجلان عبداً على أنها بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة «رح» وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد «رح» (له أن يرده ، وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية) وقال صاحب الخطر والمختلف إذا اشترى غلاماً ليس لاحدهما أن يرده بخيار الرؤية أو بخيار العيب

لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب لعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيباً به وفيه إلزام ضرر زائد ، وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا يرد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد .

بدون صاحبه قبل القبض وبعده على الخلاف المذكور ، وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير رجلان اشتريا غلاماً على أنها بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده في قول أبي حنيفة « رح » ، وفي قولهما له ذلك (لهما) أى لابي يوسف ومحمد « رح » ، (أن إثبات الخيار لهما) أى للرجلين المذكورين (إثباته) أى إثبات الخيار (لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه) في الخيار .

(وله) أى ولابي حنيفة « رح » ، أن المبيع خرج عن ملكه (أى عن ملك البائع غير معيب لعيب الشركة) لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فإن للبائع قبل البيع كان متمكناً من الانتفاع متى شاء وبعده إذا أراد البعض لا يتمكن إلا مهابة ، والخيار يثبت نظراً لمن هو له على وجه لا يلحق بالضرر لغيره (فلو رده أحدهما معيباً به وفيه إلزام ضرر زائد) وقيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضرر أيضاً زائداً للراد ، ولكن لم يكن من الغير بل لمعجزه عن إيجاد شرط الرد كان دون الاول فإن الضرر حاصل من الغير اقطع النجم من الحاصل من نفسه ، فإن قيل بيعه منها رضامنه يعيب التبعض أجيب بأنه إن سلم به فهو رضاً به في ملكها لا في ملك نفسه ، فإن قيل حصل العيب في يد البائع بفعله لان تفرق الملك إنما هو المقدر قبل القبض ، قلنا بل حصل بفعل المشتري برد نصفه والمشتري إذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يرده بحكم خياره ، لكن هذا العيب لعرض الزوال بمساعدة الآخر على الرد ، فإذا امتنع ظهر عمله .

(وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما) جواب لهما وتقديره أن اثبات الخيار لهما ليس من ضرورته (الرضاء يرد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد) أى اجتماع الشريكين يعني

قال ومن باع عبداً على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك ولأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لأنه ما رضي به دونه وهذا يرجع إلى اختلاف النوع

يتصور الانفكاك يتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا يرد أحدهما، وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول انه لو رد أحدها يؤمر الآخر برده لانه لو امتنع عن الرد كان فيه ابطال حق الآخر ، وليس له ذلك لان الخيار بشرط الرد وقد اشترطاً كذا في جامع الاسبيجاني .

(قال) أى القدورى « رح » (ومن باع عبداً على أنه خباز أو كاتب) أى عبد حرفته الخبز أو الكتابة (وكان بخلافه) أى ظهر انه ليس بخباز أو ليس بكاتب (فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول (لأن هذا وصف مرغوب فيه) وهو ظاهر وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على أنه أعور فإذا هو سليم لانه لا يوجب الخيار (فيستحق) أى الوصف المرغوب فيه (في العقد بشرط ثم فواته) أى فوات الوصف المرغوب فيه (يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه) أى ما رضي بالمبيع بدون الوصف المرغوب فيه ، وينقض بما إذا باع شاة على أنها حامل أو على أنها تحلب كذا فإن البيع فيه فاسد والوصف مرغوب فيه ، وأجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدر من البيع مجهول وضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولاً، ولهذا اذا شرطاً أنها حلوب أو لبون لا تفسد لكونه وصفاً مرغوباً فيه ذكره الطحاوى « رح » سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه ، فإن له أن يأمره بالخبز والكتابة فيظهر حاله .

(وهذا) أى الاختلاف في النوع بكونه خباز أو غير خباز وبكونه كاتباً أو غير كاتب (يرجع الى اختلاف النوع) يعني بمنزلة الإختلاف في النوع حتى لا يفسد العقد بل

لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة .

يكون للمشتري الخيار (لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف
الذكورة والأنوثة في الحيوانات) كما إذا اشترى شاة على أنها نعمة فإذا هي حل وقيد فيه
بالحيوان لأن في بني آدم يورث اختلاف الجنس لفحش التفاوت كما إذا باع عبداً فإذا هي
جارية ويفسد به العقد .

(وصار كفوات وصف السلامة) أى صار فوات الخبز والكتابة فيما إذا اشترى على
أنه خباز أو كاتب فوجده بخلافه كفوات وصف السلامة فيما إذا اشترى على أنه سليم
فوجده معيباً فثمة له ولاية الرد فكذا ما هنا ، والحاصل أن الاختلاف بالوصف إن كان
مما يوجب التفاوت الفاحش في الأغراض كان راجعاً إلى الجنس كما في بيع عبد وظهر
جارية فيفسد به العقد ، وإن كان مما لا يوجب كان راجعاً إلى النوع كما في شراء نعمة
فظهر أنها حل فلا يفسد العقد لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة ، وفي الذخيرة
ولو امتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن فيقوم العبد
كاتباً وينظر إلى تفاوت ما بين ذلك فإن مثل العشر يرجع بعشر الثمن ، وروى الحسن عن
أبي حنيفة « رح » أنه لا يرجع ما هنا بشيء ولكن المذكور في ظاهر الرواية أصح وبه
قال الخافعي رضي الله عنه ، لأن البائع عجز عن تسليم وصف السلامة كما في الميب ، ولو
وقع الاختلاف بين المشتري والبائع في هذه الصور بعد ما مضى حين من وقت البيع فقال
المشتري لم أجده كاتباً ، وقال البائع إني سلمته إليك كذلك ولكنه نسي عندك وقد
ينسى في تلك المدة فالقول للمشتري لأن الاختلاف وقع في وصف عارض إذ الأصل عدم
الكتابة والخبز قال الله تعالى ﴿ والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون
شيئاً ﴾ ٧٨ النحل ولو اشترى بقرة على أنها حبل فولدت عنده وشرب اللبن وأنفق عليها فإنه
يردها والولد وما شرب من اللبن لأن البيع وقع فاسداً وكانت في ضمانه والنفقة عليه
ولو اشترى شاة على أنها نعمة فإذا هو معز يجوز وله الخيار لأن حكمها واحد في

وإذا أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
لكونها تابعة في العقد على ما عرف.

الصدقات ، وكذا لو اشترى بقرة فإذا هي جاموس ، ولو اشترى جارية على أنها مولودة الكوفة فإذا هي مولودة بغداد واشترى غلاماً على أنه فعل فإذا هو خصي أو على عكسه أو على أنها بغلة فإذا هو بغل أو على أنها ناقة فإذا هو فعل ، أو على أنه لحم ضأن فوجده لحم بمعز أو على عكسه ففيها كلها له الخيار .
(وإذا أخذه) أي وإذا أخذ العبد الذي اشتراه على أنه خباز أو كاتب فظهر بخلافه (بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد) تدخل فيه من غير ذكر (على ما عرف) فيما تقدم .

* * *

باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا رآه إن شاء
أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده . وقال الشافعي « رح » لا يصح
العقد أصلاً لأن المبيع مجهول

(باب خيار الرؤية)

أي هذا باب في بيان خيار الرؤية والإضافة فيه من قبيل إضافة المسمى إلى شرطه ،
وقال تاج الشريعة من إضافة الحكم إلى سببه .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز) صورته أن
يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الدرة التي في كمي
هذا وصفها كذا ولم يذكر الصفة أو يقول بعت منك هذه الجارية المنتقبة ، أما إذا قال
بعت ما في كمي أو ما في كمي هذه من شيء هل يجوز البيع لم يذكره في المبسوط قال
عامة مشايخنا « رح » إطلاق الجواب يدل على جوازه عندنا وبعضهم قال لا يجوز لجهالة
المبيع وفي المبسوط الإشارة إليه وإلى مكافئه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى
مكانه لا يجوز بالإجماع ، وفي الأسرار صورته عبداً أو أمة منتقبة مشاراً إليها حاضرة
له الخيار إذا كشف ثم خيار الرؤية لا يثبت الا في أربعة أشياء في الشرى والإجارة والقسمة
والصلح في دعوى المال على شيء بعينه .

(وله الخيار إذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده . وقال الشافعي رضي
الله عنه لا يصح العقد أصلاً لأن المبيع مجهول) لانه لم يعرف من المعقود عليه الا الاسم
وفي الدراية وعند الشافعي رضي الله عنه ان كان جنس البيع معلوماً بأن قال بعتك ما في
هذه الحوالب من الثياب فله قولان وان لم يكن معلوماً بأن قال بعت ما في هذه الحوالب .

ولنا قوله من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه ،

فالمبيع باطل عنده قولاً واحداً ، وفي شرح الوجيز والحلية يبيع ما لم يره البائع والمشتري يصح في القديم وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد « رح » لا يصح في الجديد لأن المبيع مجهول ، وفي الحلية يجوز بيع الغائب في القول المختار وهو قول عثمان وطلحة رضي الله عنهما ، واختاره القفال وكثير من أصحابنا .

(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام) أي قول النبي ﷺ (من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه) الحديث روي مرسلًا ومسنداً ، فالمسند أخرجه الدارقطني في سننه ، وعن داهر بن نوح حدثنا عمر بن إبراهيم بن خالد الكردي حدثنا وهب البشكري عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه ، قال عمر الكردي وأخبرني فضيل بن عياض عن هشام عن ابن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ مثله ، قال عمر أيضاً وأخبرني القاسم بن الحكم عن أبي حنيفة « رح » عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله .

وأما المرسل فرواه ابن أبي شيبة في مصنفه والدارقطني « رح » ثم البيهقي « رح » في سننهما حدثنا اسماعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفعه إلى النبي ﷺ قال من اشترى إلى آخره ، وزاد أن شاء أخذه وإن شاء تركه ، فإن قلت استدلل الشافعي رضي الله عنه بأحاديث صحاح منها ما رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر ومنها ما رواه الأربعة عن حكيم بن حزام قال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك ، وقال الترمذي « رح » هذا حديث حسن ومنها ما رواه الأربعة أيضاً عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لا يجل سلف وبيع ولا شرط في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا يبيع ما ليس عندك ، وقال الترمذي حسن صحيح ، وقالوا حديث أبي هريرة رضي الله عنه الذي احتججت به فيه عمرو بن إبراهيم الكردي ، قال الدارقطني « رح » هو يضع الأحاديث ، وهذا باطل لا يصح لأنه لم يروه غيره وإنما يروي ابن سيرين « رح » من قوله ، وقال ابن القطان « رح » في كتابه والراوي عن الكردي داهر بن نوح وهو لا يعرف وفي المرسل أبو بكر بن أبي مريم

ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تقضي به إلى المنازعة لأنه لو لم

يوافقه يرده

قال الدارقطني «رح» ضعيف قلت أما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فإن أبا حنيفة ومحمد «رح» رواه بإسنادهما ذكره صاحب المبسوط وغيره من أصحابنا وهم ثقات ، وذكر في المبسوط أيضاً أن ابن عباس رضي الله عنهما والحسن البصري وسلمة بن الحسين «رح» رووه مرسلًا وهو حجة عندنا ، والحديث الذي رواه العلماء الكبار «رح» إذا كان في طريق من طرقه منها لا يترك مع أن الطعن المبهم لا يقبل وعمل بهذا الحديث كثير من العلماء «رح» مثل مالك وأحمد وغيرهما .

وفي نوادر الفقهاء لابن بنت نعيم أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على جواز بيع الغائب المقدور على تسليمه وأن لمشتريه خيار الرؤية إذا رآه ، فإن قيل بيع الآبق متفق على منعه فكذا الغائب ، قلنا لم يمتنع بيع الآبق لغيبه بل لتعذر تسليمه كالطير في الهواء والسماك في الماء والجواب عن النهي عن بيع الفرر أنه لا يدري أيكون أم لا ، وعلى ما لا يقدر على تسليمه كذا قال أهل اللغة ، وقال ابن حزم في المحلى إذا وصف الغائب عن رد دينه وخير ملكه المشتري فأين الفرر ولم يزل المسلمون يتبايعون الضياع في البلاد البعيدة بالصفة ، باع عثمان لطلحة رضي عنها أرضاً بالكوفة لم يراها فقضى جبير بن مطعم رضي الله عنه أن الخيار لطلحة رضي الله عنها ، وما نرى للشافعي رضي الله عنه سلفاً في منع بيع الغائب الموصوف ، ولا خلاف في اللسان ما في ملك بائع ما هو عنده وما ليس في ملكه ، فليس عنده ، وإن كان في يده ، والجواب عن حديث حكيم بن حزام «رح» أن المراد من قوله ما ليس عندك عدم الملك لأن تمام الحديث يدل على ذلك ، وتماه قال سألت رسول الله ﷺ فقلت يأتيني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي ابتاع له من السوق ثم أبيع منه قال لا تبع ما ليس عندك هكذا رواه الترمذي «رح» وغيره ، وفي رواية النسائي أبيع منه ثم ابتاعه له من السوق ، فقال لا تبع ما ليس عندك .

(ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تقضي إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقه يرده) لأنه لو لم

يوافقه بعد الرؤية يرده على بائعه بلا نزاع وإنما يفضي إلى المنازعة لو قلنا بانبرام العقد ولم

فصار كجهالة الوصف في المعائن المشار إليه ، وكذا إذا قال رضيت
ثم رآه له أن يردده لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا
يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم أنه عقد غير لازم

نقل به (فصار كجهالة الوصف في المعائن المشار إليه) بأن اشترى ثوباً مشاراً إليه غير
معلوم عدد وزعاته يجوز لكونه معلوم العين وإن لم يكن ثمة جهالة لا يفضي
إلى النزاع .

(وكذا إذا قال رضيت) وفي بعض النسخ قال وكذا إذا رضيت ذكر هذا تفرعاً
على مسألة القدوري ، يعني قال المشتري بعد تمام البيع رضيت بذلك البيع على أي وصف
كان (ثم رآه له أن يردده) وهو ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه ، وحكى في تتمتهم
وجهاً آخر أنه ينفذ كما إذا اشترى على أن لا خيار (لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا)
والحديث الذي ذكره (فلا يثبت قبلها) أي فلا يثبت الخيار قبل الرؤية على تأويل
المذكور ، لأن المعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ، فإن
قيل المذهب عندنا أن المعلق بالشرط يوجد عند وجوده ، ولا يلزم عدمه عند عدمه لجواز
أن يوجد بعلة أخرى فكيف يصح قوله فلا يثبت قبله لأنه دعوى بلا دليل قلنا هذه
وصية متلقاة من جهة صاحب الشرع فتنتهن إلى ما انهان إليه ، والشرع أثبت الخيار
بالرؤية فلا يثبت قبلها ، ولو يثبت إنما يثبت بدليل آخر ، فمن ادعاه فعليه البيان كذا
قيل ، فإن قيل يشكل بخيار العيب فإنه إذا قال رضيت به قيل إن أرادته فلا خيار له
قلنا سبب الخيار هناك العيب وهو موجود قبل العلم فيكون الخيار ثابتاً ، ولا كذلك
ها هنا كما بينا فافترقا .

(وحق الفسخ) هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على قوله لأن الخيار معلق بالرؤية
فلا يثبت قبله بأن يقال لما لم يثبت قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لأنه من
نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقاً بها فلا يوجد قبلها فأجاب بقوله وحق الفسخ
يعني يمكنه من الفسخ (بحكم أنه) أي أن العقد بخيار الرؤية (عقد غير لازم) لأنه لم يقع مبرماً
فجاز فسخه لهؤلاء فيه ألا ترى أن كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والعارية

لا بمقتضى الحديث ، ولأن الرضاء بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق
فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت . قال ومن باع
ما لم يره فلا خيار له وكان أبو حنيفة « رح » يقول أولاً له الخيار
اعتباراً بخيار العيب وخيار الشرط ،

والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد . وإن لم يكن له خيار لا شرطاً ولا شرعاً .
(لا بمقتضى الحديث) أي لا البناء على الخيار الذي اقتضاه الحديث . قال الأكل
وفيه نظر لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار مازوم للخيار ، والخيار معلق بالرؤية
لا يوجد بدونها فكذا ملازومه لأن ما هو شرط اللازم فهو شرط الملزوم (ولأن الرضاء
بالشئ) جواب آخر وتحقيقه أن رضى الشخص بالشئ (قبل العلم بأوصافه) أي قبل
أن يعلم بأوصاف ذلك الشئ (لا يتحقق) لأن الرضاء استعسان الشئ واستعسان ما
لم يعلم ما يحسنه غير متصور (فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت)
لأنه فسخ لعدم الرضاء وهو لا يحتاج إلى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضاء لاستقباح
الشئ واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور ، لان عدم الرضاء قد يكون باعتبار ما
بدا له من انتفاء حاجته إلى المبيع أو أوضاع ثمنه أو استغلثه فلا يستلزم الاستقباح ، وذكر
في التحفة أن جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه لكن المشايخ « رح » اختلفوا فقال
بعضهم لا يصح قياساً على الإجارة ، وقال بعضهم يصح دون الإجارة وهو مختار
المصنف رحمه الله .

(قال) أي القدوري (ومن باع ما لم يره فلا خيار له) صورته ورث شيئاً فباعه
قبل الرؤية فلا خيار له وبه قال الشافعي رضي الله عنه (وكان أبو حنيفة رضي الله عنه
يقول أولاً له الخيار) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في وجهه وقال في وجهه لا ينمقد
بيعه قولاً واحداً (اعتباراً) أي قياساً (بخيار العيب وخيار الشرط) أما خيار العيب
فإنه لا يختص بجانب المشتري بل إذا وجد البائع الثمن زيفاً فهو بالخيار إن شاء جوز
وإن شاء رد كالمشيئة إذا وجد المبيع معيباً ، لكن لا ينفسخ رد الثمن وينفسخ برد المبيع لأنه أصل
دون الثمن ، وأما خيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم .

وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضاء زوالاً وثبوتاً ، ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضياً بالزوال ، ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه ، وروى أن عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه فقبل لطلحة إنك قد غبنت

(وهذا) أي ثبوت الخيار للبائع (لان لزوم العقد بتمام الرضاء زوالاً) أي من حيث الزوال من جهة المبيع في حق البائع (وثبوتاً) أي من حيث الثبوت من جهة الشراء في حق المشتري (ولا يتحقق ذلك) أي الرضاء (إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك) أي العلم بأوصاف المبيع (بالرؤية) فإن بالرؤية يحصل الإطلاع على دقائق لا تحصل بالعبار (فلم يكن البائع راضياً بالزوال) أي قبل الرؤية لعدم تمام الرضاء .

(ووجه القول المرجوع إليه) وهو عدم الخيار (أنه) أي أن الخيار (معلق بالشراء لما روينا) وهو الحديث المذكور (فلا يثبت دونه) أي دون الشراء ، ورؤية المشتري ، فإن قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج إلى تمام الرضاء فيلحق به دلالة أجيب بأنها ليسا بيان فيه لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أنه كان يظنه خيراً مما اشترى فيرده لقوات الوصف المرغوب لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أن المبيع أزيد مما ظن فصار كما لو باع عبداً بشرط أنه معيب فإذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار ، وإذا لم يكن في معناه لم يلحق به فإن قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط لسبب آخر ، وها هنا وجد القياس أجيب بأنه ثابت بالنص غير معقول الممين فلا يجوز فيه القياس سلمناه .

ولكن القياس على مخالفة الإجماع باطل ، والإجماع في قضية عثمان وطلحة رضي الله عنهما على ما ذكره بقوله (وروى أن عثمان رضي الله عنه) وهو عثمان بن عفان (باع أرضاً بالبصرة) أي كانت الأرض بالبصرة وعثمان رضي الله عنه بالمدينة (من طلحة بن عبيد الله) التميمي أحد العشرة المبشرة بالجنة (فقبل لطلحة رضي الله عنه إنك قد غبنت) على صيغة المجهول من الغبن بالغبن المعجمة وسكون الباء يقال غبنته في البيع أي خدعته

فقال :لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان رضي الله عنه إنك قد غبنت ، فقال لي الخيار لأنني بعث ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنه ففضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الرؤية غير مؤقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله ، وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ، ثم إن كان تصرفاً لا يمكن

(فقال لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال لي الخيار لأنني بعث ما لم أره فحكما بينهما) بتشديد الكاف من التحكيم (جبير بن مطعم) بن عدي الصحابي المشهور (ففضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه) وهذا أخرجه الطحاوي «رح» ثم البيهقي «رح» عن علقمة بن أبي وقاص رضي الله عنه أن طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان رضي الله عنه مالا فقبل لعثمان أنك قد غبنت ... الحديث .

(وكان ذلك) أي حكم جبير بن مطعم رضي الله عنه كان بين عثمان وطلحة رضي الله عنهما (بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم) ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضوان الله عليهم عنه فكان إجماعاً بينهم ولهذا رجع أبو حنيفة «رح» حين بلغه الخبر (ثم خيار الرؤية غير مؤقت) قيل إنه مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية وبه قال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه حتى إذا وقع بصره عليه ولم يفسخه سقط حقه .

والأصح ما قاله المصنف «رح» بقوله (بل يبقى) أي خياره (إلى أن يوجد ما يبطله) لأنه ثبت حكماً لانعدام الرضى فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضاء (وما يبطل خيار الشرط) كلمة ما موصولة مبتدأ ويبطل بضم الياء من الإبطال صلة الموصول وخيار الشرط بالنصب مفعوله ، وكلمة من في قوله (من تعيب) للبيان أي من تعيب في البيع الذي اشتراه بخيار الشرط (أو تصرف) أي أو تصرف في خيار الشرط ، وقوله (يبطل خيار الرؤية) خبر المبتدأ وصورة التعيب في خيار الشرط قد مضت هناك ، وإما التصرف في خيار الرؤية فملى ضربين أشار إلى الأول بقوله (ثم إن كان) أي التصرف (تصرفاً لا يمكن

رفعه كالاتفاق والتدبير أو تصرفاً يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق
والرهن والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ
فبطل الخيار وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط
الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله إذا كان قبل الرؤية

رفعه (يعني بعد وقوعه (كالإعتاق) بأن أعتق عبده الذي اشتراه ولم يره .
(والتدبير) بأن دبره قبل رؤيته (أو تصرفاً) أي أو تصرف تصرفاً (يوجب حقاً
للغير) وهذا هو الضرب الثاني (كالبيع المطلق) بأن باع الذي اشتراه ولم يره مطلقاً
يعني بدون شرط الخيار (والرهن) بأن رهن الذي اشتراه قبل الرؤية (والإجارة) بأن
أجره لأحد قبل رؤيته (يبطله) جواب قوله ثم إن كان وجواب عطف عليه وهو الضرب
الثاني من الضربين ، أي يبطل خياره للرؤية في الضرب الأول ، والضرب الثاني وسواء في
البطلان (قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم) أي هذا التصرف إما لعدم إمكان رفعه أو
لكونه موجباً حقاً للغير (تعذر الفسخ فبطل الخيار) ضرورة عدم إمكان العمل بالنص
وفي شرح الأقطع لو عاد إلى ملكه بسبب الرد بقضاء أو بفك الرهن ، أو فسخ الإجارة
لم يرد بخيار الرؤية لأنه يبطل بمقده فلا يعود بسبب ملكه ، فإن قيل بطلان الخيار قبل الرد
مخالف لحكم النص لأنه أثبت الخيار إذا رآه قلنا ذاك فيما إذا أمكن العمل بحكم النص ،
وهذه تصرفات مبنية على الملك وصحة هذه التصرفات بناء على قيام الملك وبعد صحتها لا
يمكن دفعها فيسقط الخيار ضرورة بطلان العقد ، وخيار الرؤية بالنص فيما إذا بقي حكم
العقد كذا في الذخيرة .

(وإن كان) أي التصرف (تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار) بأن
باع ما اشتراه قبل الرؤية بشرط الخيار (والمساومة) بأن عرضه على البيع (والهبة من
غير تسليم) بأن وهبه لشخص ولكن لم يسلمه للموهوب له (لا يبطله) جواب قوله وإن
كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير أي لا يبطل خيار الرؤية لكن ليس على الإطلاق بل إنما
لا يبطله (إذا كان قبل الرؤية) أي رؤية الشيء الذي اشتراه .

لأنه لا يربو على صريح الرضاء فيبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء .
قال ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطوياً أو إلى وجه
الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له ، والأصل في هذا أن
رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على
المعلم بالمقصود ولو دخل في البيع أشياء

(لأنه) أي لأن هذا التصرف (لا يربو) أي لا يزيد (على صريح الرضاء) وصريح
الرضاء لا يبطله قبل الرؤية ، وبديل الرضى أولى أن لا يبطل لأنه دونه (ويبطله بعد
الرؤية لوجود دلالة الرضاء) وفي المجتبى لا يطالب المشتري بالثمن قبل الرؤية ولا يتوقف
الفسخ على القضاء والرضاء بل ينفسخ بمجرد قوله رددت سواء كان قبل المشتري أو بعده ،
لكنه لا يصح إلا بمحض من البائع عند أبي حنيفة « رح » ، ومحمد « رح » ، خلافاً لأبي
يوسف « رح » ، والخلاف فيه كالحلاف في خيار الشرط والإجازة فصح بدونه وليس في
الدرهم والدنانير والديون خيار الرؤية ، ولو كان أياً من النقيدين أو تبرأ وحلى مصوغ فله
الخيار ولو تبايعا عيناً بعين فلها الخيار ولو تبايعا شيئاً بدين فللمشتري العين خياره .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى وجه الجارية) ذكر
الجارية وقع اتفاقاً فإن الحكم في الغلام كذلك في الإيضاح والمعتبر في العبد والأمة النظر
إلى الوجه ، لأن سائر الأعضاء في العبيد والجواري تبع للوجه ، ألا ترى أن القيمة تتفاوت
بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء (أو إلى ظاهر الثوب مطوياً) أي أو نظر
إلى ظاهر الثوب حال كونه مطوياً (أو إلى وجه الدابة) أي أو نظر إلى وجه الدابة
(وكفلها) أي وإلى كفلها (فلا خيار له) جواب من وما بعدها .

(والأصل في هذا) أي في إسقاط خيار الرؤية (أن رؤية جميع المبيع غير مشروط
لتعذره) أي لتعذر رؤية الجميع على تأويل المذكور وفي بعض النسخ لتعذرها فلا يحتاج
إلى التأويل (فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود) لحصول المقصود (ولو دخل في
البيع أشياء) يعني متعددة من جنس واحد .

فإن كان لا يتفاوت أحادها كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض
بالنموذج يكتبني برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى
فحينئذ يكون له الخيار ، وإن كان يتفاوت أحادها كالدواب
والثياب لا بد من رؤية كل واحد منها ، والجوز والبيض من هذا
القبيل فيما ذكر الكرخي « رح » ،

(فإن كان لا يتفاوت أحادها كالمكيل والموزون) والعدي المتقارب ، وقيد بقوله
لا تتفاوت أحادها لأنه إذا كان المكيل أو الموزون من أنواع مختلفة فخيراره باق
(وعلامته) أي علامة الشيء الواحد الذي لا تتفاوت أحاده (أن يعرض بالنموذج)
بفتح النون وبيان الانموذج أيضاً بضم الهزة وهو تعريب نموده كذا في المغرب (يكتبني
برؤية واحد منها) أي من هذه الأشياء المتعددة .

(إلا إذا كان الباقي) من الذي ما رآه (أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار)
أطلق المصنف « رح » الخيار ، وفي الينابيع يثبت له خيار المصيب لا خيار الرؤية سواء
كان في وعاء واحد أو أوعية مختلفة بعد أن يتحد الكيل في الجنس والصفة .
وفي جامع قاضي خان قال مشايخ بلخ « رح » برؤية أحد الوعائين لا يبطل خياره ،
والصحيح أنه يبطل لأن رؤية البعض تعرف حال الباقي ، فإن تغير الباقي له أن يردده ، وفي
الذخيرة المكيل والموزون يكتبني برؤية البعض إذا كان في وعاء واحد ، وإن كانا في وعاءين
فرأى ما في أحدهما اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق « رح » ، إذا رضي مما رأى
يبطل خياره في الكيل إذا وجد ما في الوعاء الآخر مثل ما رأى أو فوقه ، أما إذا وجد
دونه فهو على خياره ، ولكن إذا أراد الرد يرد الكل .

(وإن كانت تتفاوت أحادها كالدواب والثياب لا بد من رؤية كل واحد منها) لأن
رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت في أحاده (والجوز والبيض من هذا القبيل) أي من
قبيل ما تتفاوت أحاده لأنه يختلف بالصغر والكبر وهو اختيار قاضي خان « رح » (فيما
ذكر الكرخي « رح ») ومال المصنف إلى أنه يكتبني برؤية واحد منها ولهذا قال

وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونهما متقاربة إذا ثبت
هذا فنقول النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية
لأنه مكيل يعرض بالنموذج ، وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم
به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً لموضع العلم والوجه
هو المقصود في الآدمي

(وكان ينبغي أن يكون) أي الجوز واللوز (مثل الحنطة والشعير لكونهما)^(١) أي
لكون أحدهما أي أحاد الجوز واللوز (متقاربة) فيكتفى برؤية البعض عن الباقي ،
وفي المجرد وهو الأصح وبه قال بعض أصحاب الشافعي رحمه الله .

(إذا ثبت هذا) أي ما ذكرنا من التفصيل والتقرير (فنقول النظر إلى وجه الصبرة
كاف ، لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكيل يعرض بالنموذج) وهو ظاهر مذهب الشافعي
رضي الله عنه ، وحكي عنه أنه لا يكفي رؤية ظاهر الصبرة بل لا بد من قلبها ليعرف
حال باطنها ، والمذهب المشهور هو الأول عنده .

(وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون
مقصوداً لموضع العلم) وفي شرح المجمع المسألة معروفة في الثواب الذي لا يتفاوت ظاهره
وباطنه حتى لو خالف لا بد من رؤية ظاهره وباطنه (والوجه هو المقصود في الآدمي)
أي العبد والأمة حتى لو نظر إلى غيره لا يبطل خياره ، وعند الشافعي رضي الله عنه لا
بد في العبد من رؤية الوجه والأطراف ، ولا يجوز رؤية العورة وفي باقي البدن ذكره في
التهذيب أنه لا بد من رؤية أظهر الوجهين وفي الأمة له وجوه أحدها يعتبر رؤية ما يرى
من العبد ، والثاني رؤية ما يبدي من الزينة ، والثالث يكفي رؤية الوجه والكفين وفي
رؤية الشعر وجهان ، وفي التهذيب أصحابها يشترط ولا يشترط رؤية اللسان والاسنان
في أصح الوجهين كذا في شرح الوجيز ، وفي الغاية الأولى تحكيم العرف .

(١) لكونها - هامش .

وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود، ولا يعتبر رؤية غيره .
وشرط بعضهم رؤية القوائم ، والأول هو المروى عن أبي يوسف
رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجلس لأن المقصود وهو اللحم
يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد
من الذوق ، لان ذلك هو المعروف للمقصود .

(وهو) أي الوجه (والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره)
أي غير المقصود حتى لو رأى سائر أعضائه دون الوجه يبقى على خياره ، وفي بعض
النسخ دون غيرها أى غير الثلاثة ، وهي الوجه في الآدمي والوجه والكفل في الدواب
والأول أصح .

(وشرط بعضهم رؤية القوائم) أى شرط بعض المشايخ « رح » رؤية قوائم الدابة
(والأول) هو رؤية الوجه والكفل (هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله) رواها
بشرعته وعن أبي يوسف رحمه الله يعتبر في الدواب عرف التجار وهو رواية المعل عنه ،
وعن محمد « رح » يكفي رؤية الوجه اعتباراً بالعبد والامة ، وعند الشافعي رضي الله
عنه لا بد من رؤية الوجه والكفل والقوائم ويجب رفع السرج وإلا كاف والحبل وعند
بعض أصحابه أنه لا بد من أن يحرى الفرس بين يديه ليعرف سيره .. كذا في شرح
الوجيز (وفي شاة اللحم) وهي الشاة التي تشتري للذبح لاجل اللحم (لا بد من الجلس
لأن المقصود وهو اللحم يعرف به) أى بالجلس ليعرف أنها سمينة أو مهزولة .

(وفي شاة القنية) وهي الشاة التي تحبس في البيت لأجل النتاج ، وفي المغرب
قنوت المال حميته قنواً وقنوة وقنية اتخذته لنفسه قنية أى للنسل لا للتجارة ، وقال
الجوهرى « رح » قنوة الغنم وغيرها قنوة وقنوه وقنيت أيضاً قنية وقنية إذا اقتنيتها
لنفسك لا للتجارة (لا بد من رؤية الضرع) وفي الذخيرة لا بد من النظر إلى ضرعها
وسائر جسدتها .

(وفيما يطعم لا بد من الذوق ، لان ذلك) أي الذوق (هو المعروف للمقصود) وفي

قال وإن رأى صحن الدار فلا خيار له ، وإن لم يشاهد بيوتها ، وكذلك إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج ، وعند زفر « روح » لا بد من دخول داخل البيوت ، والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عاداتهم في الأبنية فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ ، فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل .

بعض النسخ لأن ذلك أي الذوق (قال) أي القدوري « روح » (وإن رأى صحن الدار) قال الجوهري صحن الدار وسطها (فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها ، وكذلك) أي لا خيار له (إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج) لأن كل جزء من أجزائها متمذر الرؤية كما تحت السور وبين الحيطان من الجذوع والأسطوانات ، ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو إلا أن يكون العلو مقصوداً كما في سمرقند (وعند زفر « روح » لا بد من دخول داخل البيوت) وبه قال ابن أبي ليلى ، وعند الشافعي رضي الله عنه لا بد مع ذلك من رؤية السقوف والمطبخ والسطوح والجدران خارجاً وداخلاً ، ورؤية المستعم والبالوعة وبه قال الحسن بن زياد « روح » وقال في شرح الأقطع والصحيح ما قاله زفر « روح »

(والأصح أن جواب الكتاب) أي القدوري « روح » (على وفاق عاداتهم) أي عادة أهل الكوفة وأهل بغداد في زمن أبي حنيفة رحمه الله (في أبنيتهم ^(١)) ، فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ ، وأما اليوم (أي في ديارنا) فلا بد من الدخول (كما قال زفر « روح ») (في داخل الدار للتفاوت) لقلة الموافق وكثرتها .

(والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل) وهو الصحيح اليوم ، وفي المحيط والذخيرة بعض مشايخنا قال في الدار يعتبر ما هو المقصود حتى لو كان في الدار بيتان شتويان

(١) الأبنية - هامش .

قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري ،

وبيتان صيفيان يشترط رؤية صحن الدار ، وفي البستان يسقط الخيار برؤية خارجه أو رؤوس الأشجار في ظاهر الرواية ، وأنكر بعض المشايخ « رح » هذه الرواية ، وقال بأن المقصود من البستان باطنه فلا يبطل برؤية خارجه كذا في شرح الجمع .

وفي جامع قاضي خان « رح » في الكرم لا يكتفي برؤية الخارج ورؤوس الأشجار وفي المحيط هذا عندهم ، أما في بلادنا لا بد من رؤية داخل الكرم ، وفي عنب الكرم لا بد أن يرى من كل نوع بيتاً ، وفي النخل كذلك ، وفي الرمان من الحلو والحامض ، وعند الشافعي رضي الله عنه في البستان لا بد من رؤية الأشجار والجدران ومسائل الماء لا رؤية أساس البستان وعروق الأشجار ونحوها ، وفي رؤية ظهر الدار ومجرى الماء الذي يدور به المرحاض طريقان كذا في شرح الوجيز اشترى ، دهنًا في زجاج فنظر إلى الزجاج لا يكفي ذلك حتى يصبه على الكف عند أبي حنيفة « رح » وبه قال أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، وعن محمد « رح » أنه يكفي لأن الزجاج لا يخفي صورة الدهن .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ونظر الوكيل كنظر المشتري) صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلى في قبض المبيع أي وكلتك بقبضه (حتى لا يرده إلا من عيب) إذا ظهر فيه أي من عيب لم يعلمه الوكيل ، فإن كان قد علم يجب أن يبطل خيار المعيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفر « رح » ، والصحيح أن لا يملك الوكيل بالقبض إبطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم هكذا في الجامع الصغير لفخر الإسلام البزدوي « رح » .

(ولا يكون نظر الرسول كنظره ^(١)) صورته أن يقول كن رسولي بقبضه أو قال أرسلتك لقبضه أو قال قل لفلان أن يدفع المبيع إليك ، والفرق بين الوكيل والرسول أن الوكيل لا يضيف العقد إلى موكله بل يعقد بالاستبداد ، والرسول لا يستغني عن الإضافة إلى المرسل وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال أقبض المبيع ولا يسقط الخيار .

(١) كنظر المشتري - هامش .

وهذا عند أبي حنيفة «رح» ، وقالاهما سواء وله أن يردّه . قال «رضر» معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرويته تسقط الخيار بالإجماع لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار ، فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط قصداً وله أن يقبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن

(وهذا) أي عدم كون نظر الرسول كنظره (عند أبي حنيفة «رح» وقالاهما سواء) أي الوكيل والرسول سواء (وله) أي والمشتري (أن يردّه) أي المبيع إذا رآه ، فإن شاء أخذه وإن شاء تركه (قال) أي المصنف «رح» (معناه) أي معنى قوله في الجامع الصغير ونظر الوكيل كنظر المشتري (الوكيل بالقبض) أي معنى قوله (فأما الوكيل بالشراء فرويته تسقط الخيار بالإجماع) وليس للموكل إذا رأى أن يردّه لأن حقوق العقد راجعة إلى الوكيل بالشراء (لهما) أي لأبي يوسف «رح» وعبد «رح» (أنه توكل بالقبض) أي أن الوكيل بالقبض توكل أي قبل الوكالة للقبض (دون إسقاط الخيار) فلا يتعدى الحكم من القبض إلى إبطال الخيار .

(فلا يملك ما لم يتوكل به) لأن إبطال الخيار ليس من القبض (وصار كخيار العيب) أي صار هذا كمن اشترى شيئاً ثم وكل بقبضه فقبض الوكيل معيباً رأياً عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل (والشرط) أي وصار كخيار الشرط كمن اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه لم يسقط خيار الموكل .

(والإسقاط قصداً) صورته أن الوكيل بالقبض إذا قبضه مستوراً ثم رآه وأسقط عنه الخيار قصداً لا يسقط الخيار عن الموكل ، وقوله قصداً احترازاً عن الإسقاط الضمني فإنه لا يملك بقبض المبيع (وله) أي ولأبي حنيفة «رح» (أن القبض على نوعين ^(١) قبض تام وهو أن يقبضه) أي الوكيل (وهو يراه ناقص) أي وقبض ناقص (وهو أن

(١) يقبض نوعان تام - هامش .

يقبض مستوراً وهذا لأن تمام الصفقة ؛ ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية ، والموكل ملكه بنوعيه ، فكذا الوكيل ، ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل ، وإذا قبضه مستوراً انتهى التوكيل بالناقص منه ، ولا يملك إسقاطه قصداً بعد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقاءه ، وخيار الشرط على الخلاف ،

يقبضه مستوراً) وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضاء .
(وهذا) إشارة إلى تنوعه بالنوعين (لأن تمامه) أى تمام القبض (بتمام الصفقة ، ولا تتم) أى الصفقة (مع بقاء خيار الرؤية) لأن تمامها بتناهيها وال لزوم بحيث لا يرقد إلا برضاء أو قضاء وخيار الرؤية والشرط ينعمان عن ذلك (فالموكل يملكه) أى يملك القبض (بنوعيه) أى بنوعي القبض (فكذا الوكيل ، ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل) أى فكذا وكيله يملكه بنوعيه (لإطلاق التوكيل) عملاً بإطلاقه .

(وإذا قبضه مستوراً) جواب عما يقال لا نسلم ذلك فإن الوكيل إذا قبضه قبضاً ناقصاً ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لم يسقط ، والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة فأجاب بقوله وإذا قبضه أى الوكيل مستوراً (انتهى التوكيل بالناقص) أى بالقبض الناقص (منه) أى من القبض (فلا يملك إسقاطه قصداً بعد ذلك) لأنه لم يفوض إليه الإبطال قصداً وإنما ثبت له الإبطال مقتضى تميمهم القبض وهنا لما حصل القبض الناقص ... انتهى الوكيل به فليس له بعد ذلك إبطال الخيار (بخلاف خيار العيب) جواب عن قولها فصار كخيار العيب (لأنه لا يمنع تمام الصفقة) لأنه لم يشرع تميماً للقبض بل لتسليم الجزء الفائت .
(فيتم القبض مع بقاءه) أى بقاء الخيار (وخيار الشرط على الخلاف) وهذا جواب عن قولها والشرط أى وكخيار الشرط بيانه أن خيار الشرط لا يصلح مقيماً عليه لأنه على

ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختيار
وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله ، وبخلاف
الرسول لأنه لا يملك شيئاً وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك
القبض والتسليم إذا كان رسولاً في البيع . قال ويبيع الأعمى
وشراؤه جائز

هذا الخلاف ذكر القدوري « رح » أن من اشترى شيئاً على أنه بالخيار يوكل وكيله بقبضه
بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف .

وقال الاترازي « رح » قوله وخيار الشرط على الخلاف ولا نص عن خيار الشرط عن
أبي حنيفة « رح » كذا قالوا في شرح الجامع الصغير ، فعلى هذا يمنع ويقال لا نسلم أن
خيار الشرط يصلح أن يكون مقيماً عليه لأنه ليس فيه نص على الاتفاق فيه ، بل يجوز
أن يكون الحكم فيه أيضاً كما في خيار الرؤية .

(ولو سلم) أي بقاء الخيار (فالموكل لا يملك التام منه) أي لا يملك القبض التام
منه أي من القبض لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط (فإنه) أي
فإن الخيار (لا يسقط بقبضه لأن الاختيار) وهو التردد والتفكير (وهو المقصود بالخيار
يكون بعده) أي بعد القبض (فكذا لا يملكه وكيله ، وبخلاف الرسول فإنه لا يملك
شيئاً) من القبض لا التام ولا الناقص (وإنما إليه تبليغ الرسالة) فيملك أداء الرسالة
على أكمل الوجوه .

(ولهذا) أي ولأجل كونه مبلغاً للرسالة فقط (لا يملك القبض) أي قبض الثمن
(إذا كان رسولاً بالبيع) ولا قبض البيع إذا كان رسولاً في الشراء أو في بعض النسخ لا
يملك التسليم مكان القبض أي تسليم المبيع أو الثمن باعتبار الحالتين .

(قال) أي القدوري « رح » (ويبيع الأعمى وشراؤه جائز) وبه قال مالك وأحمد
والشافعي رضي الله عنهم في قول ، وفي قول لا يجوز وهو اختيار المزني « رح » ، وهذا
الخلاف فيمن هو أعمى وقت العقد ولم يكن بصيراً ، وأما إذا كان بصيراً فعمى بعد ذلك

وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى ما لم يره ، وقد قررناه من قبل ، ثم يسقط خياره بحبسه المبيع إذا كان يعرف بالجلس ويشمه إذا كان يعرف بالشم ويدوقه إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ، ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له . لأن الوصف بقاء مقام الرؤية كما في السلم ، وعن أبي يوسف «رح» أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرآه ، وقال قد رضى سقط خياره لأن التشبيه بقاء مقام الحقيقة في موضع العجز كتحرير الشفتين بقاء مقام

لا خلاف في جواز بيعه (وله الخيار إذا اشترى ، لأنه اشترى ما لم يره ، وقد قررناه من قبل) أى في أول الباب ان شراء ما لم يره جائز وان له الخيار والأعشى كالبصير الذى يشتري ما لم يره فيجوز شراؤه مع ثبوت الخيار له كالبصير (ثم يسقط خياره بحبسه المبيع إذا كان يعرف بالجلس ويشمه إذا كان يعرف بالشم ، ويدوقه إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ، ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) وفي الجامع العتابي الوصف في العقار ان يقف في مكان لو كان بصيراً لرآه ، ثم يذكر له صفة العقار .

(لأن الوصف بقاء مقام الرؤية) وقيل يمس الحائط والباب (كما في السلم) يعني ان الوصف يقوم مقام المسلم فيه ، وإن كان المسلم فيه معدوماً للعجز ، والعجز في حق الأعشى الزم لأن رؤية المسلم فيه ممكنة ، أما رؤية الأعشى غير ممكنة ، فيقوم الوصف مقام الرؤية في حقه بالطريق الأولى .

(وعن أبي يوسف «رح» انه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرآه فقال قد رضى يسقط خياره لان التشبيه بقاء مقام الحقيقة في موضع العجز كتحرير الشفتين بقاء مقام

القراءة في حق الآخرس في الصلاة ، وإجراء الموسيقى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج ، وقال الحسن « رح » يوكل وكيلاً بقبضه وهو يراه ، وهذا أشبه بقول أبي حنيفة « رح » لأن رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفاً . قال ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ، ثم لا يردده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام ، وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ، ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخاً من الاصل ،

القراءة في حق الآخرس في الصلاة وإجراء الموسيقى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج ، وقال الحسن « رح » (ابن زياد « رح ») (يوكل وكيلاً بقبضه وهو يراه) فتصير رؤية الوكيل كرويته ، قال المصنف (وهذا) أي قول الحسن « رح » (أشبه بقول أبي حنيفة « رح » لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفاً) أي في المسألة المتقدمة . (قال) أي القدوري « رح » (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما ، لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب ، فبقي الخيار فيما لم يره ، ثم لا يردده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام) وتفريق الصفقة منهم بالإجماع .

(وهذا) توضيح لما قبله (لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) أي بعد القبض يعني فيما إذا قبضه مستوراً ، قال الكاكي « رح » كذا قيل ولا حاجة إلى هذا لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يبطله (ولهذا) أي لأجل كون الصفقة غير تامة (يتمكن) أي المشتري (من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخاً من الأصل) أي يكون الرد بخيار الرؤية فسخاً من الابتداء ويكون فسخاً من الأصل لعدم تحقق الرضاء

ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الإرث عندنا ، وقد ذكرناه في خيار الشرط ، ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فإن كان على الصفة التي رآها فلا خيار له لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة ، وبفواته يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلم أنه مرثيه لعدم الرضاء به ، وإن وجدته متغيراً فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه ، فكأنه لم يره ، وإن اختلفا في التغير

لعدم العلم بصفات المعقود عليه ، فلا يحتاج إلى القضاء والرضاء بخلاف خيار المعيب بعد القبض ، فإنه لا يرد إلا بالرضاء والقضاء لتأم البيع ، وعند الشافعي رضي الله عنه في خيار البيع بعد القبض كذلك فهو فسخ من الأصل أيضاً .

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لأنه لا يجري فيه الإرث عندنا) خلافاً للشافعي « رح » (وقد ذكرناه في خيار الشرط) أي قد ذكرنا بطلان خيار الرؤية بالموت في باب خيار الشرط (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة ، فإن كان على الصفة التي رآها فلا خيار له لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته) أي بفوات العلم بأوصافه (يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلم أنه مرثيه) أي لا يعلم أنه هو الذي رآه ، وكلمة الاستثناء من قوله فلا خيار له (لعدم الرضاء به) أي لا يكون راضياً به ، وفي الفتاوى الصغرى صور لهذا بأنه إذا اشترى ثوباً ملفوفاً كان رآه من قبل وهو لا يعلم أن المشتري ذلك المرثي ثبت له خيار الرؤية ، وصورته في الخلاصة رجل رأى جارية عند رجل فساومها بها ولم يشترها ثم رآها بعد ذلك بمدة يتبعها فاشترها منه متقية ولم يعلم أي التي هي رآها فله الخيار لعدم الرضاء .

(وإن وجدته متغيراً) أي وإن وجد ما رآه بعد الشراء متغيراً عما رآه (فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه ، فكأنه لم يره ، وإن اختلفا في التغير) بأن قال

فالقول قول البائع لان التغير حادث ، وسبب اللزوم ظاهر إلا
إذا بعدت المدة على ما قالوا ، لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف
ما إذا اختلفا في الرؤية ، لانها أمر حادث والمشتري ينكره
فيكون القول قوله . قال ومن اشترى عدل زطى ولم يره

المشتري قد تغير وقال البائع لم يتغير (فالقول للبائع لأن التغير حادث) لأنه إنما يكون
معيباً أو تبدل هبته ، وكل منها عارض ، والمشتري يدعيه والبائع منكر
ومتمسك بالأصل .

(وسبب اللزوم) أي لزوم العقود والرؤية السابقة أو البيع البات الخالي عن الشروط
المفسدة أو رؤية جزء من العقود عليه (ظاهر) فالقول قول من يتمسك بالظاهر ، وذكر
بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه أن القول للمشتري (إلا إذا بعدت المدة) استثناء
من قوله فالقول قول البائع (على ما قالوا) أي المتأخرون ، فحينئذ يكون القول قول
المشتري (لأن الظاهر شاهد للمشتري) لان الشيء قد يتغير بطول الزمان ، ومن شهد له
الظاهر فالقول قوله وإليه مال شمس الأئمة السرخسي « رح » .

وفي المبسوط فإن بعدت المدة بأن رأى جارية شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم
البائع أنها لم تتغير فالقول للمشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد « رح » والإمام ظهير
الدين المرغيناني « رح » وبه قال الشافعي رضي الله عنه (بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية)
متصل بقوله ، فالقول للبائع يعني إذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول
قول المشتري (لأنها) أي لان الرؤية (أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول
قوله) مع يمينه .

(قال) محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى عدل زطى ولم يره) العدل
بكسر المثلث ، ومنه عدل المتاع ، والزط خيل من الهند ينسب إليهم الثياب الزطية ،
وقيل خيل من الناس بسواد العراق ، وقوله ومن اشترى عدل زطى ولم يره ، وفي
الكافي وقبضه وهو مراد المصنف « رح » أيضاً ، وقيد بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضاً

باب خيار العيب

وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة، فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به ، وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان ،

(باب خيار العيب)

أي هذا باب في بيان أحكام خيار العيب وإضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافة الشيء إلى سببه ، قال الجوهري « رح » العيب والعيبة والعياب في معنى واحد نقول عاب المباع أى صار ذا عيب وعيبه أنا يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضاً على الأصل ويقول ما به معابة ومعاب أى عيب ، وفي المبسوط العيب ما تخلوا عنه أصل الفطرة السليمة .

(وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده ، لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة) أى سلامة المعقود عليه (فعند فواته) أى فوات وصف السلامة (يتخير) أى المشتري (كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به) والضرر مدفوع شرعاً .

(وليس له) أى للمشتري (ان يمسكه) أى المبيع الذى اطلع فيه على عيب (ويأخذ النقصان) أى نقصان العيب ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه ، وقال أحمد رحمه الله له أحد الأمرين لأنه حقه ، ونقصان العيب إما الثمن أو الإرث ، وليس له ذلك لأن العائب وصف ، لأن العيب إما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع أو تغيره من حيث الظاهر كالعمى والعمور والشلل والزمانة والسن الساقطة ، وإما ان يكون

لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم
يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ، ودفع الضرر
عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره ،

بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه ، والزنا
والدفر (١) والبخر في الجارية ، وفي ذلك كله فوات وصف فلا يصح ان يأخذ النقصان .
(لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن) لأن الثمن إما أن يقابل بالوصف ، والأصل
أو بالأول دون الثاني أو بالعكس لا سبيل إلى الأول ، والثاني كيلا يؤدي إلى مزاحته
لتبع الأصل فتعين الثالث وإنما قال (في مجرد العقد) احتراز عما إذا كانت الأوصاف
مقصودة بالتناول كما إذا ضربت الدابة فاعورت أو صارت معيباً أو قطع البائع يد المبيع
قبل القبض فإنه يسقط نصف الثمن لأنه صار مقصوداً بالتناول أو حكماً بأن يمتنع الرد
بحق البائع بالمعيب أو بحق الشرع بالجناية فإن لها قسطاً من الثمن حينئذ .

وعن هذا قلنا إن من اشترى شاة أو بقرة فعطبها وشرب لبنها ثم علم بمعيبها لا يردها
بالمعيب ولكن يرجع بنقصان المعيب عندها ، وقال الشافعي رضي الله عنه يردها بالمعيب
بجميع الثمن ، ولكن ذكر في كتبهم أن الشافعي رضي الله عنه في القديم يثبت له الرد ،
وقال في الجديد لا يثبت له الرد .

(ولأنه) دليل آخر على عدم جواز إمساكه يأخذ النقصان أي ولأن البائع (لم يرض
بزواله عن ملكه بأقل من المسمى) في العقد (فيتضرر به) بزوال ملكه بأقل من المسمى
(ودفع الضرر) جواب عما يقال إن المشتري أيضاً يتضرر حيث يأخذ المبيع ، فأجاب
بقوله ودفع الضرر (عن المشتري ممكن بالرد) أي يرد المبيع (بدون تضرره) أي
تضرر البائع ، فإن قيل البائع إذا باع معيباً فإذا هو سليم . البائع يتضرر لما أن الظاهر أنه
نقص الثمن على ظن أنه معيب ، ولا خيار له ، وعلى هذا فالواجب إما شمول الخيار لها
أو عدمه لها أجيب بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه ، فانزل

(١) هكذا وردت في الاصل .

والمراد به عيب كان عند البائع ، ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض ، لان ذلك رضاء به

عالمًا بصفة ملكه ، فلا يكون له الخيار وإن ظهر بخلافه .

وأما المشتري فإنه ما رأى المبيع فلو ألزمتنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار (والمراد به عيب كان عند البائع) هذا كلام المصنف « رح » يوضح به قول القدوري « رح » ، وإذا اطلع المشتري على عيب إلى آخر هذا من كلام القدوري « رح » فقال المصنف « رح » والمراد به أي بالعيب الذي ذكره القدوري « رح » عيب كان عند البائع .

(ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك) أي رؤية العيب عند إحدى الحالتين (رضاء به) أي بالعيب دلالة ، والأصل في هذا الباب ما قاله البخاري « رح » ويذكر عن العداء بن خالد « رض » قال كتب لي النبي ﷺ هذا ما اشترى محمد رسول الله ﷺ من العداء بن خالد « رض » بيع المسلم المسلم لأداء ولا خبثة ولا غائلة .

ثم قال في الصحيح قال قتادة « رض » الغائلة الزنا والسرقة والإبط والمشتري هو رسول الله ﷺ كما ترى روى ابن شاهين في معجمه عن أبيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب أبو وهب قال قال لي العداء بن خالد بن هوزة « رض » ألا أقول لك كتابا كتبه لي رسول الله ﷺ هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوزة « رض » من محمد رسول الله ﷺ عبداً أو أمة لأداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم والمشتري هو العداء كما ترى وأثبت في الفائق كما في المعجم .

وفي المغرب الصحيح أن المشتري كان للعداء والبائع هو رسول الله ﷺ ، وقال تاج الشريعة « رح » المشتري رسول الله ﷺ على ما ذكره في شرط الحصاص وشروط الطحاوي « رح » وقابعتها في ذلك الحاكم السمرقندي « رح » قلت رواية ابن شاهين « رح » تدل على أن المشتري هو العداء .

وكذلك رواه الترمذي « رح » بلفظ هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوزة « رض »

من محمد رسول الله ﷺ اشترى منه الحديث .

وكذلك رواه النسائي وابن ماجه « رح » وكلهم اتفقوا على أن البائع هو النبي ﷺ ،
والمشتري العداء رضي الله عنه ووقع عند البخاري بالعكس ف قيل إن الذي وقع عنده
مقلوب وقيل هو صواب وهو من الرواية بالمبنى لأن اشترى باع بمعنى واحد ، ولزم من
ذلك تقديم اسم رسول الله ﷺ على اسم العداء وشرحه ابن المرافي على ما وقع في
الترمذي « رح » فقال فيه البداءة باسم المفضول في الشروط إذا كان هو المشتري ، والعداء
بفتح العين وتشديد الدال المهملتين ممدود وكان إسلامه بعد الفتح وبعد حنين ،
وبقي إلى زمن يزيد بن المهلب وكان يسكن البادية وقد استقصينا الكلام فيه
في شرحنا للبخاري ، وقال الخطابي الداء ما يكون بالرفيق من الأدوية التي يرد بها
كالجنون والجذام والبرص ونحوها من الآفات والخبثة ما كان خبيث الأصل مثل أن يسبى
من له عهد ، ومعنى الغائلة ما يقتال حقلك من حيلة وما يدللس عليك في المبيع من عيب ،
وقال الزنجشري « رح » في الفائق المغائلة الخصلة التي تقول المال أي تهلكه من إباق أو
غيره ... انتهى .

وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة « رح » المرض في الجوف والكبد والرئة
فإن المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون في الجوف من الكبد والرئة ،
وروي عن أبي يوسف « رح » أنه قال الداء المرض والمغائلة ما يكون من قبل الأفعال
كالإباق والسرقة ، والخبثة هو الإستحقاق وقيل هي الجنون كذا في المبسوط ، والخبثة
بكسر الحاء المعجمة وسكون الباء الموحدة وفتح الشاء المثناة ، وقال ابن التين « رح »
أحد شراح للبخاري ضبطناه في أكثر الكتب بضم الحاء وكذلك سمعناه ، وضبط في
بعضها بالكسر ، وقال الخطابي خبثة على وزن خبزة قيل أراد بها الحرام كما عبر عن
الحلال بالطيب وقيل المراد الاخلاق الخبيثة كالإباق ، ثم وجه الإستدلال بهذا الحديث أن
فيه تنصيصاً على أن البيع يقتضي سلامة المبيع من العيب .

(قال) أي القدوري « رح » أراد بهذا يدان معرفة العيوب لأنه قال أولاً إذا اطلع

قال وكلما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن الضرر
بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف
أهله والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ ،
فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ،

المشتري على عيب إلى آخره يحتاج إلى معرفة العيوب فبين الميب بهذا الكلى وهو قوله
(وكلما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) هذا ضابط كلى يعلم بها العيوب
الموجبة للخيار على سبيل الإجمال (لأن الضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة ،
والمرجع في معرفته عرف أهله) وفي الذخيرة ففي كل شيء يرجع إلى أهل الصفة فيما
يعدونه عيباً فهو عيب ، وإن لم يوجب نقصاناً في العين ولا في منافعها .

(قال) أي القدورى « رح » (والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب
ما لم يبلغ) هذه الأشياء الثلاثة عيب في الصغير الذي لم يبلغ فإن أبق الصغير الذي يعقل
من مولاه ما دون السفر من المصر إلى القرية أو بالعكس فهو عيب لأنه يفوت المنافع على
المولى ، وإذا بال في الفراش وهو مميز يأكل وحده ويشرب وحده فكذلك عيب ، وإن
سرق درهماً من مولاه أو من غيره فكذلك لا خلال بالمقصود لأنه لا يأمنه على ماله ويشق
عليه حفظ ماله على الدوام ، ولا فرق بين سرقة من مولاه وغيره إلا في المأكولات
للاكل فإن سرقها من مولاه فليس بعيب ، فإذا وجدت هذه الأشياء من الصغير عند
البائع والمشتري في صفه فهو عيب يرد به .

(فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) أى حتى يعاوده عند البائع
بعد البلوغ ثم عاوده عند المشتري حاصله إذا وجد من الصغير أحد هذه الأشياء في صفه
ثم بيع قبله في يد المشتري ثم وجد أحد هذه الأشياء في يده لا يعتبر بذلك عيباً لاختلاف
الحالة إلا إذا عاوده بعد البلوغ في يد البائع ثم باعه فوجد ذلك في يد المشتري يكون ذلك
عيباً لاتحاد الحالة .

وقد نص في الكافي والمحيط وشرح الطحاوي على اشتراط المعاودة عند البائع ، وفي

ومعناه إذا ظهرت عند البائع في صفه ثم حدثت عند المشتري
في صفه فله أن يردده لأنه عين ذلك وإن حدثت بعد بلوغه لم يردده
لأنه غيره ، وهذا لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر ،
فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في
الباطن والآبق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة ، وهما بعد
الكبر لخبث في الباطن ،

الكفاية وشرح قاضي خان المعاودة في يد البائع ليس بشرط للد فأن هذه الأفعال في عادة
الصبيان ، فأن امتنع عنها بالبلوغ لم يكن ما سبق عيباً ، ولا يردده ، فأن عاوده تبين
أنه كان يفعله طبعاً لإعادة ، وذلك عيب فيرد به .

وقد أوضح المصنف « رح » كلام القدوري « رح » المذكور بقوله (ومعناه) أي
ومعنى ما قاله للقدوري « رح » من قوله فإذا بلغ إلى آخره (إذا ظهرت) أي الأشياء
المذكورة (عند البائع في صفه ثم حدثت عند المشتري في صفه فله أن يردده لأنه) أي
لأن الذي حدث من هذه الأشياء (عين ذلك) أي عين ذلك الذي حدث
عند البائع .

(وإن حدثت بعد بلوغه) يعني عند المشتري (لم يردده لأنه غيره) أي غير الذي
حدث عند البائع (وهذا) إشارة إلى إيضاح بيان الفرق بين الحالتين المذكورتين (لأن
سبب هذه الأشياء) أي الإباق والبول في الفراش والسرقة (يختلف بالصغر والكبر ،
فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة ، وبعد الكبر لداء في الباطن والآبق في الصغر
لحب اللعب والسرقة في الصغر لقلة المبالاة وهما) أي الآباق والسرقة (بعد الكبر لخبث
في الباطن) وفي المبسوط الآباق في الصغر سببه سوء الأدب ، وحب اللعب ، وبعد البلوغ
سببه التمرد وقلة المبالاة بالمولى والسرقة قبل البلوغ لقلة التأمل في عواقب الأمور وبعد
البلوغ سببها التمرد .

ولهذا يجب على البالغ ما لا يجب على الصبي ، وفي الإيضاح السرقة والبول في الفراش

والمراد من الصغير من يعقل، فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا أبقي فلا يتحقق عيباً . قال والجنون في الصغير عيب أبداً ومعناه إذا جن في الصغير في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر يردده لأنه عين الأول

قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لأنه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيراً ، وكذا الأبق .

وفي الذخيرة إن كانت السرقة أقل من عشرة دراهم عيب لأن الإنسان لا يأمن السارق على مال نفسه . وفي ذلك العشرة وما دونها سواء ، وقيل ما دون الدرهم وهو فلس أو فلسان ليس بعيب وإباق ما دون السفر عيب عند المشايخ « رح » ، كإباق مدة السفر ، لكن تكلموا هل يشترط الخروج من المدينة ، ف قيل شرط حتى لو أبقي من محلة إلى محلة لا يكون عيباً ومن القرية إلى المصر إباق ... وكذا على العكس ، والبول في الفراش إنما يكون عيباً إذا كان صغيراً ابن خمس سنين .

وقال الشافعي رضي الله عنه الأظهر في البول اعتبار الإعتبار إذا كان في غير أوانه ، وأما في الصغير فلا وقدره في التهذيب بما دون سبع سنين كذا في شرح الوجيز ، وهو ظاهر قول مالك « رح » ، وأحمد « رح » وعندنا الكل عيب عند اتحاد الحالتين في المعاودة سواء كان ذلك قبل البلوغ أو بعده .

(والمراد من الصغير من يعقل) أي المراد من قول القدوري « رح » في الصغير عيب الصغير الذي يعقل ، وقال في التحفة الصغير الذي لا يعقل وحده ليس فيه عيب من الأشياء المذكورة ، ويفهم منه الذي يعقل هو الذي يأكل وحده .

(وأما الذي) أي وأما الصغير الذي (لا يعقل فهو ضال لا أبقي فلا يتحقق عيباً) يعني لا يترتب عليه حكم الأبق لأنه ضال أي ثائه (قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (والجنون في الصغير عيب أبداً) كذا قاله محمد « رح » وقال المصنف رحمه الله (ومعناه) أي معنى ما قاله محمد « رح » (إذا جن في الصغير في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه) أي في الصغير (أو في الكبر) أي أو عاوده في الكبر (يردده لأنه عين الأول) الذي وجد عند البائع .

إذ السبب في الحالين متحد وهو فساد العقل^(١) وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري ، لأن الله تعالى قادر على إزالته ، وإن كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد .

(إذ السبب في الحالين متحد) أى في الحال الذى كان عند المشتري وليس مراد محمد « رح » أن عين الجنون لا تزول بل أراد سببه وهو الفساد المتمكن فيكون عيباً أبداً ، ففي أى وقت ظهر فهو بذلك السبب فلم يكن عيباً حادثاً ، وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل ساعة عيب ، وقيل أكثر من يوم وليلة ، وقيل المطبق دون غيره .

وقال الأسبيجاني في ظاهر الجواب انه لا يشترط المعاودة في يدى المشتري وقيل تشترط بلا خلاف بين المشايخ في عامة الروايات (وهو فساد الباطن) في فحل العقل بل معدن العقل ، قيل القلب وشعاعه إلى الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع من الدماغ ، والذي قاله المحققون « رح » العقل جوهر مضى خلقه الله تعالى هذه في الدماغ وجعل نوره في القلب يدرك به الغائبات بالوسائط والمحسوسات بالمشاهدة .

(وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله عز وجل قادر على إزالته) ولم يكن من ضرورة وجوده يوماً بعاريته أبداً (وإن كان قل ما يزول ، فلا بد من المعاودة للرد) أى لاجل الرد ، وقد ذكر آتفاً ما قاله المشايخ من الاختلاف فيه ، ومال المصنف « رح » إلى قول من يشترط المعاودة كما صرح به .

فإن قلت قال فخر الإسلام « رح » قول محمد « رح » في الاصل الجنون عيب إذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم أبداً يدل أيضاً على انه لم يشترط فيه المعاودة في يد المشتري فكيف يقول المصنف « رح » وليس معناه إلى آخره .

قلت لا يلزم من عدم ذكره اشتراط المعاودة في هذا الموضع أنه لا يشترطها أصلاً ، فإنه قال وإن طعن المشتري بإباق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فإنه يستخلف البائع

(١) الباطن - هامش .

قال والبخر والدفر عيب في الجارية ، لأن المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به ، وليس بعيب في الغلام لأن المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به إلا أن يكون من داء ، لأن الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لأنه

حتى يشهد شاهدان انه قد أبق عند المشتري أو جن عنده وقد اشترط المعاودة في الجنون كما ترى في اشتراط في الإباق .

(قال) أى القدورى « رح » في مختصره (والبخر) بفتحين رائحة متغيرة من الفم وكل رائحة ساطعة فهي بخر مأخوذ من بخارى القدر أو بخارى الدخان وهذا البخور الذى يبخربه من ذلك كذا في الجمهرة (والدفر) بالذال المهملة وفتح الفاء تنن ربح الإبط ، وفي الجمهرة الدفر التنن ، يقال رجل أدفر وامرأة دفرا ، ويقال للمرأة يادافر معدول ، وقد سمعت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها ، وأما الدفر بالذال المعجمة فهو حدة من طيب أو تنن وربما خص به الطيب فليل مسك أدفر ، وقال الكاكي « رح » الساع ها هنا بالذال غير المعجمة ، وفي شرح الوجيز المراد من البخر الذى عيب هو الناشئ عن تغير المدة دون ما يكون بفلج في الاسنان ، فان ذلك يزول بتنظيف (عيب في الجارية لان المقصود قد يكون للاستفراش ، وهما) أى البخر والدفر (يخلان به) أى بالاستفراش .

(وليس بعيب في الغلام) أى وليس كل واحد من الدفر والبخر بعيب في الغلام (لان المقصود هو الاستخدام ، ولا يخلان به) أى لا يخل البخر والدفر بالاستخدام ، وفي الغاية وقيل إذا كان العبد أمرد يكون البخر فيه عيباً ، والاصح أن الامرد وغيره سواء ، كذا في خلاصة الفتاوى .

(إلا أن يكون) كل واحد من البخر والدفر (من داء ، لان الداء عيب) في نفسه ، وعند الشافعي رحمه الله البخر والدفر عيبان في الغلام أيضاً .

(قال) أى القدورى « رح » (والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام ، لانه

يُخْل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ، ولا يُخْل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا ، لأن اتباعهن يُخْل بالخدمة . قال والكفر عيب فيها

يُخْل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد (يعني كون الجارية ، وكذا يُخْل بمقصود المولى وهو الإستيلاء فإن ولده يميز بأمه إذا كانت والد الزنا (ولا يُخْل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام) .

(إلا أن يكون الزنا عادة له) أى للغلام بأن زنى أكثر من مرتين (على ما قالوا) أى المشايخ (لان اتباعهن) من إضافة المصدر إلى المفعول أى لان اتباع الغلام البنات (يُخْل بالخدمة) أى بخدمة مولاه وفيه إضمار قبل الذكر ، ولكن القرينة وهي ذكر الزنى أدل على النساء لان الزنا لا يكون إلا بهن .

فإن قلت إذا وجدته سارقاً فله الرد لعدم أمانته على ماله ، ففي الزنا لم يكون عيباً لعدم أمانته على الجوارى والخدم .

قلت إذا كن مستورات يمكنهن حفظ أنفسهن ، وإذا شغله المولى بالعمل وبمالاته يفرغ لذلك الأمر ، وقال الكرخي « زنا ليس بعيب في الغلام في معنى المال وإن كان عيباً في معنى الدين ، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير لو اشترى عبداً فوجده زانياً لا يكون عيباً لان فيه زيادة قوة وزيادة القوة لا تكون عيباً ، ألا ترى أنه لو اشترى عبداً فوجده عنيماً فله أن يردّه .

وذكر الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال إذا اشترى عبداً على أنه خصي فإذا هو فحل لزمه ذلك ، أما إذا اشتراه على أنه فحل فإذا هو خصي لم يلزمه ، وفي العمون قال هشام « رح » سمعت أبا يوسف « رح » يقول لو أن رجلاً اشترى عبداً قد احتلم أو جارية حاضت ولم يختتن العبد ولم تخفّض الجارية قال ان كان مولداً فهو عيب وإن كان جلباً فليس بعيب .

(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (والكفر عيب فيها) أى في الغلام

لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ، ولأنه يتمتع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرده لأنه زوال العيب ، وعند الشافعي « رح » يرده لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب .

والجارية (لان طبع المسلم ينفر عن صحبته) أى عن صحبة الكافر لان المسلم قلما يرغب في صحبة الكافر وينفر عنه فكان الكفر سبباً لنقصان الثمن لفتور الرغبة وسواء كان الكافر نصرانياً أو يهودياً أو مجوسياً (ولأنه) دليل آخر أى ولان الكافر (يتمتع صرفه في بعض الكفارات) مثل كفارة اليمين والظهار عند بعض الناس وفي كفارة القتل يمنع بالإجماع فاذا كان كذلك (فتختل الرغبة) وهي سبب لنقصان الثمن .

وقال الشافعي رضي الله عنه لو أطلق العقد فبان انه كافر لا خيار له لان ظاهر الحال لا يدل على الكفر والاسلام كما لو ظن العدل فبان الفسق ، وقال أصحابه هذا اذا كان كفوراً يقر عليه ، فاذا كانت الجارية مرتدة فله الخيار .

وفي شرح الوجيز لو وجد الجارية كتابية أو وجد العبد كفوراً أى كفر كان فلا رد ان كان قريباً من بلاد الكفر بحيث لا تقل فيه الرغبات ، وان كان في بلاد الإسلام حيث فعل الرغبات وتنقص قيمته فله الرد .

(فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرده لانه) أى لان الاسلام (زوال العيب ، وعند الشافعي يرده لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم ، وفوات الشرط بمنزلة العيب) وفي نسخة شيخنا لأنه زوال العيب فصار كما لو اشتراه معيباً فإذا هو سليم فلا يرده وبه قال المزني « رح » وقال الشافعي رضي الله عنه وأحمد « رح » يثبت له الخيار لأنه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض قريباً قصد أن يستخدمه في المحقرات من الأمور ، ولأن الأولى بالمسلم أن يتبعه الكافر ، وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب أن هذا أمر راجع إلى الديانة ولا عبرة به في المعاملات .

قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب
لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ،

(قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب) قيد بقوله بالغة
لأن عدم الحيض في الصغيرة ليس بعيب بالإجماع ، ولو كانت كبيرة قد بلغت سن الإياس
فهو غير عيب بإجماع الفقهاء « رح » أيضاً .

(لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء) قال شيخ الإسلام « رح » الحيض مركب
في بنات آدم فإذا لم تحض في أوانه فالظاهر انه إنما لا تحيض لداء فيها والداء عيب ، ولو
ادعى المشتري الإنقطاع في يده لا تسمع منه الخصومة ما لم يدع ارتفاع الحيض بسبب
الداء والحبل ، فإن ادعى لسبب الحبل تراها النساء ، فإن قلن هي حبلى يحلف البائع أن
ذلك لم يكن عنده ، وإن قلن ليست بحبلى لا يمين على البائع ، وإن ادعى المشتري ارتفاع
الحيض بسبب الداء نزها لاثنتين من الأطباء المسلمين فإن ثبت العيب يحلف البائع كما تقدم ،
وإن لم يثبت لا يحلف .

والمرجع في معرفة الحبل قول النساء في معرفة الداء قول الأطباء ، وفي فتاوى
الفضلي العيب الذي لا يثبت إلا بقول الأطباء ما لم يتفق عدلان منهم لا يثبت العيب في
حق سماع الخصومة .

وقال الشيخ أبو المعين النسفي « رح » في شرح الجامع الكبير وإن كان العيب خفياً
لا يطلع عليه إلا الأطباء يثبت بقول واحد عدل منهم لقوله تعالى ﴿ فاسألوا أهل الذكر ﴾
٤٣ النحل ، وهم أهل الذكر في هذا الباب ، وكذا إذا كان لا يطلع عليه إلا النساء يثبت
بقول واحدة منهن موصوفة بالعدالة والثنتان أحوط ، وقال صاحب التحفة إذا كان العيب
باطناً لا يعرفه إلا الخواص من الناس كالأطباء والنحسين فإنه يعرف ذلك ممن له بصارة
في ذلك الباب ، فإن اجتمع على ذلك العيب رجلان مسلمان أو قال ذلك رجل مسلم
عدل فإنه يقبل قوله ويثبت العيب في حق إثبات الخصومة ، ثم بعد هذا بقول القاضي
للبيع هل حدث عندك هذا العيب ، فإن قال نعم قضى عليه بالرد ، وإن لم يكن عليه
بينة استحلف البائع فإن حلف لم يرد عليه ، وإن نكل قضى عليه بالرد إلا أن يدهي

ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة «رح» ويعرف ذلك بقول الأمة

الرضاء أو الإبراء ، وإن كان العيب مما لا يطلع عليه الرجال ويطلع عليه النساء فإنه يرجع إلى قول النساء فترى امرأة مسلمة عدل والثنتان أحوط ، فإذا شهدت على العيب ففي هذه المسألة عن أبي يوسف «رح» روايتان ، وكذا عن محمد «رح» روايتان في رواية فرق أبو يوسف بينهما إذا كان المبيع في يد البائع أو في يد المشتري .

فقال إن كان في يد البائع رد المبيع بشهادتها فيثبت العيب لقولنا ، والعيب الموجود عند البائع يفسخ به البيع ، وإن كان بعد القبض أقبل قولها في اثبات الخصومة ، ولا أقبل في حق الرد على البائع ، لأن المبيع دخل في ضمان المشتري فلا انقل الضمان إلى البائع بقول النساء ، ولكن أثبت حق الخصومة ليثبت الاستحلاف ، وفي رواية قال إن كان العيب مما لا يحدثه مثله يفسخ بقولها لأن العيب قد يثبت بشهادتهن ، وقد علمنا كون العيب عند البائع يتعين فيثبت حق الفسخ ، وإن كان عيباً يحدث مثله لم يثبت حق الفسخ بقولهن ، وأما عن محمد «رح» في رواية قال لا يفسخ بقولهن وفي رواية يفسخ قبل القبض وبعده بقولهن ، لأن قولها فيما لا يطلع عليه الرجال كالبينة .

(ويعتبر في الارتفاع) أي ارتفاع الحيض (أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها) أي في الجارية (عند أبي حنيفة رضى الله عنه) وعندهما خمس عشرة سنة (ويعرف ذلك) أي ارتفاع الحيض (بقول الأمة) قال الإمام العتاي «رح» وإنما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الأمة لأنه لا يقف على ذلك غيرها ويحلف المولى مع ذلك لأنه ما سلمها بحكم المبيع وما بها هذا العيب ، وإن نكل يرد من كونه ، هذا إذا كان بعد القبض ، وإن كان قبل القبض يحلف بالله ما بها هذا العيب الذي يدعيه المشتري في الحال وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» في مسألة البكارة إذا اشترى جارية على أنها بكر فقال المشتري ليست ببكر وقال البائع هي بكر في الحال ، فإن القاضي يري النساء فإن قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهو أن الأصل هو البكارة ، وإن قلن هي يثبت لم يثبت حق الفسخ للمشتري بشهادتهن لأن

فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو صحيح . قال
وإذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله
أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لأن في الرد أضراراً بالبائع

شهادتهن ضعيفة وحق الفسخ حق قولي وبشهادتهن يثبت للمشتري حق الخصومة في توجيهِ
النهي على البائع فيحلف البائع بالله لقد سلمها بحكم المبيع وهي بكر إن كان بعد القبض ،
وإن كان قبل القبض يحلف بالله أنها بكر . روي عن محمد « رح » أنها ترد على البائع
بشهادتهن من غير يمين البائع .

(فترد) أي الأمة (إذا انضم إليه) أي إلى قولها (نكول البائع) أي امتناع
البائع عن اليمين مع قولها بأنها لا تحيض أو هي مستحاضة (قبل القبض وبعده هو
الصحيح) قيد بقوله الصحيح احتراز عن قول أبي يوسف « رح » فإن عنده يرد بقول
الأمة قبل القبض وبشهادة القائلة ، وعما روى عن محمد « رح » أنه قال إن كانت الخصومة
قبل القبض يفسخ العقد بقول النساء اعلم أن المشتري إذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي
يسأله عن مدة الإنقطاع فإن ادعاه في مدة قصيرة لا تسمع دعواه وإن ادعاه في مدة
مديدة يسمع دعواه ، والمديدة مقدرة بثلاثة أشهر عند أبي يوسف « رح » ، وعند محمد
« رح » بأربعة أشهر وعند أبي حنيفة وزفر بستين ، فإذا عرفت المدة فما دونها قصيرة
ثم بعد ذلك إن كان القاضي مجتهداً يقضي بما أدى إليه اجتهاده ، وإن لم يكن مجتهداً
يأخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو سنتان ، وفي الفوائد الظهيرية لو شهد للمشتري شهود
لا يقبل شهادتهم على الانقطاع بخلاف الاستحاضة حيث يقبل عليها لأنها مما يمكن الاطلاع
عليها وانقطاع الدم على وجه يعد عيباً لا يمكن الاطلاع عليه ، ولو أنكر البائع الإنقطاع
في الحال هل يستحلف عند أبي حنيفة « رح » أم لا وعندهما يستحلف .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا حدث عند المشتري عيب) سواء كان بأفة
سماوية أو غيرها (واطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان) أي بنقصان
العيب بأن يقوم المبيع سليماً عن العيب القديم ومعيباته ، فما كان بينهما من عشر أو ثمن
أو سدس أو غير ذلك يرجع به على البائع (ولا يرد المبيع لأن في الرد أضراراً بالبائع

لأنه خرج عن ملكه سالماً ويعود معيباً فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضى بالضرر . قال ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب لأنه امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث ،

لأنه خرج عن ملكه سالماً ويعود معيباً فامتنع (أي الرد) ولا بد من دفع الضرر عنه (أي عن المشتري) فتعين الرجوع بالنقصان (لأن المشتري لم يرض بالمعقود عليه إلا سليماً ، فلو لم يكن له حق الرجوع لتضرر حقه بإيجاب نقصان المعيب ، وبقولنا قال الشافعي وأحمد رضي الله عنهما في رواية ، وقال مالك وأحمد « رح » في رواية وابن أبي ليلى رد البيع ورد معه نقصان العيب الحادث ، فإن قيل أين قولكم الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن أجيب بأنها إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكماً كان لها حصة من الثمن وما هنا كذلك (إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضى بالضرر) والرضاء إسقاط لحقه بخلاف ما إذا كان المبيع عصيراً فتخبر في يدي المشتري ثم اطلع على عيب في العصير قبله البائع حيث لا يكون للبائع أخذ الحجر ويرد الثمن وإن وجد منه الرضا بالإختلاط خذلان الإمتناع ثمة حق الشرع لما فيه من تمليك الحجر وتملكها فلا يرتفع بتراضي المتعاقدين كما لو تراضيا على الحجر ولكن يأخذ المشتري نقصان العصير ما يقوم الشراء بلا عيب ويقوم مع العيب وينظر إلى التفاوت ، فإن كان التفاوت مقدار عشر القيمة يرجع بعشر الثمن ، وإن كان أقل أو أكثر فيقدره .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بنقصان العيب) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » في رواية خلافاً لمالك وأحمد « رح » في رواية وابن أبي ليلى « رح » ، فإن عديم يرد المبيع ويرد معه نقصان العيب الحادث .

(لأنه) أي لأن الثياب (امتنع الرد بالقطع فإنه) أي فإن القطع (عيب حادث) لا يقال البائع يتضرر برده معيباً والمشتري لعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع ضرر لأن البائع غره بئد ليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالفاسد

فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لأن الامتناع لحقه وقد رضي به ، فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء لأن الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حاسباً للبيع فلا يرجع بالنقصان ، فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر ، أولت السوق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها

إذا صنع الثوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر إليهما ، وفي إلزام الرد بالعيب الحادث إضرار للبائع لا لفعل بأشبهه ، وفي عدم الرد ، وإن كان إضرار للمشتري ، لكن لمجزء لما بأشبهه فاعتبر ما هو إلا نظر لهما .

(فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لأن الإمتناع) أي امتناع الرد كان (لحقه) أي لحق البائع (وقد رضي به) أي بالثوب العيب فكان اسقاطاً لحقه ، فإن قيل الفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا اشترى بغيره فنحصره ، فلما شق بطنه وجد أمعاه فاسدة فإنه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، أجيب بأن النحر إفساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ، ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقة فيختل معنى قيام البيع .

(فإن باعه المشتري) يعني بعد القطع (لم يرجع بشيء) علم به أو لا وبه قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح (لأن الرد غير ممتنع برضاء البائع) لأنه جاز أن يقول البائع كنت أقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعاً برضاء البائع (فيصير هو) أي المشتري (بالبيع حاسباً للبيع فلا يرجع بالنقصان) إذ ذاك لإمكان رد البيع وأخذ الثمن لولا البيع (فإن قطع الثوب) الذي اشتراه (وخاطه أو صبغه أحمر) قيد بالأحمر لتكون الزيادة في المبيع بالإتفاق ، لأن السواد ، نقصان عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما زيادة كالحمرة (أولت السوق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل) أي الثوب أو السوق (بدونها) أي بدون الزيادة

لأنها لا تنفك عنه ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلاً

(لأنها لا تنفك عنه) أي لأن الزيادة لا تنفك عن الأصل .
(ولا وجه إليه) أي إلى الفسخ (معها) أي مع الزيادة (لأن الزيادة ليست بمبيعة
فامتنع أصلاً) أي فامتنع الرد بالكلية ، وفي الفوائد الظهيرية والمبسوط الأصل في جنس
هذه المسائل أن في كل موضع يكون البيع قائماً على ملك المشتري فعليه الرد برضاء البائع
فإذا أخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وفي كل موضع يكون المبيع قائماً ولا يمكنه الرد
وإن رضي به البائع فإذا أخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالزيادة .
فان قيل يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة في البيع كالسمن والجمال فإنها لا تمنع الرد
بالمعيب في ظاهر الرواية ، قلنا ثم فسخ العقد في الزيادة متمكن لأن الزيادة بيع محض
باعتبار التولد والتفرع منه والاتصال به .

وحاصله أن الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة ، والمتصلة نوعان متولدة منه كما ذكرنا
وهي لا تمنع الرد ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه ومالك « رح » وأحمد « رح » ومنفصلة
غير متولدة منه كالبيع والحياطة واللث والفرس والبناء وهي تمنع الرد بالإتفاق ، وعند
الشافعي وأحمد رضي الله عنهما لا تمنع كالسمن والجمال .

والمنفصلة نوعان متولدة منه كاللبن والتمر والإرش والولد والعقر وهي تمنع الرد لتعذر
الفسخ عليها لأن العقد لم يرد عليها ولا وجه للفسخ عليها لانقطاع التبعية بالانقصال
ويكون هو بالخيار إن شاء ردهما جميعاً وإن شاء رضي بها بجميع الثمن قبل القبض وبعده ،
وردد المبيع خاصة بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمته يوم العقد وعلى قيمة الزيادة وقت
القبض وغير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع الرد بل يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة
وتسليم الزيادة للمشتري مجاناً ، وبه قال الشافعي وأحمد رضي الله عنهما وكذا قال في
المتولدة المنفصلة لإمكان الفسخ على الأصل بدونها والزيادة للمشتري .

وقال مالك رضي الله تعالى عنه إن كانت الزيادة ولداً ردة مع الأصل ، وإن كانت
ثمرة أمسكها ورد الأصل ، ولو ملكت الزيادة بأفة سماوية ثبت له الرد كأنها لم تكن ،

وليس للبائع أن يأخذه لأن الإمتناع لحق الشرع لا لحقه ، فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلاً قبله فلا يكون بالبيع حاسباً للمبيع ، وعن هذا قلنا إن من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ، ولو كان الولد كبيراً يرجع لأن التملك حصل في الأول قبل الخياطة ، وفي الثاني بعده بالتسليم إليه .

وبه قال الشافعي رضي الله عنه قبل الحكم بالإرش .

(وليس للبائع أن يأخذه) أي المبيع مع الزيادة (لأن الإمتناع لحق الشرع) أي امتناع الرد لحق الشرع بشبهة الربا (لا لحقه) أي لا لحق البائع (فإن باعه المشتري) أي الثوب المصبوغ أو المخيط (بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلاً قبله) أي قبل بيع المشتري للزيادة الحادثة فيه بفعل المشتري .

(فلا يكون) أي المشتري (بالبيع حاسباً للمبيع) فيرجع بالنقصان (وعن هذا قلنا) أي عن الوجه الذي قلنا وفي بعض النسخ وعلى هذا قلنا ، وهو أن المشتري إذا كان حاسباً للمبيع لا يرجع بنقصان العيب (إن من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ، ولو كان الولد كبيراً يرجع) بالنقصان (لأن التملك حصل في الأول قبل الخياطة) لأنه بالقطع للصغير صار واجباً للثوب له مسلماً إليه ، وصار الأب قابضاً عنه ، وحق الرد الذي هو الحق الأصلي صار باطلاً بالقطع فبطل البطل وهو الرجوع بالنقصان لأنه صار حاسباً للمبيع .

(وفي الثاني) وهو صورة كون الولد كبيراً (بعده) أي بعد الخياطة (بالتسليم إليه) أي إلى ولده الكبير فيكون له الرجوع بالنقصان لأنه بمجرد القطع لا يكون مسلماً إليه لأن الأب لا يصير قابضاً عن ولده الكبير فلما خاطه خاطه على ملك نفسه فامتنع الرد بالخياطة رد الشرع لا بالهبة والتسليم فصار وجوه الهبة والتسليم وعدمها سواء فيرجع بالنقصان لأنه لم يكن حاسباً للمبيع . قال شيخنا رحمه الله ذكر الخياطة

قال ومن اشترى عبداً فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه ، أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله ، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق إنهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلاً للملك وإنما يثبت الملك فيه مؤقتاً إلى الاعتاق فكان إنهاء فصار كالموت هذا

وعدم ذكرها في هذا الموضع سواء لأن حق الرد المتبع بوجود القطع قبل الحياطة .
(قال ومن اشترى عبداً فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) هذه مسألة القدوري « رح » والجامع الصغير أيضاً (أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي) أي امتناع الرد يثبت حكماً للموت (لا بفعله) أي لا بفعل المشتري كالبيع والقتل (وأما الاعتاق فالقياس أن فيه لا يرجع لأن الإمتناع بفعله) أي امتناع الرد بفعل المشتري (فصار كالقتل) فإن المشتري إذا قتل العبد الذي اشتراه ثم اطلع فيه على عيب فإنه لا يرجع وبالقياص قال زفر « رح » وفي الكافي وهو قول الشافعي رضي الله عنه ، ولكن ذكر في كتبهم أنه يرجع وبه قال أحمد « رح » كما قلنا في الإستحسان فإن قيل يشكل على هذا إذا صبغه احمر حيث يرجع بالنقصان ، ولا شك أن الصبغ بفعله أجيب نعم ذلك بفعله لكن امتناع الرد بسبب وجود الزيادة في البيع بسبب ذلك الفعل فكان الإمتناع لحق الشرع ، وقال الأكل « رح » ورد بأنه حينئذ يجب أن يقول الإمتناع حكمي لا بفعله الذي يوجب الزيادة ، والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصنع بما حصل من فعله من وجود الزيادة لا بفعله .

(وفي الإستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك) أي اتمامه (لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلاً للملك وإنما يثبت الملك منه مؤقتاً إلى الاعتاق) أي إلى وقت الإعتاق ، والموقت إلى وقت ينتهي بانتهائه (فكان) أي الاعتاق (إنهاء فصار) أي انتهائه (كالموت) أي كانهائه بالموت (وهذا) أي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الإنتهاء

لان الشيء يتقرر بانتهاؤه فيجعل كأن الملك باق والرد متمذر، والتدبير والاستيلاء بمنزلة لان تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي . وإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس له وحبس البدل كحبس المبدل ، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يرجع لانه انهاء للملك ، وإن كان بعوض .

(لأن الشيء يتقرر بانتهاؤه فيجعل كأن الملك باق والرد متمذر) فصار حابساً (والتدبير والاستيلاء بمنزلة) أي بمنزلة الاعتاق (لانه ^(١)) أي لأن الشأن (تعذر النقل) أي إلى ملك البائع (مع بقاء المحل) احتراز عن الموت والاعتاق (بالامر الحكمي) يعني لا بفعل المشتري .

وقال الكاكي « رح » قوله بالامر الحكمي احتراز عن القتل ، فإن قيل كيف يكون التدبير والاستيلاء كالاعتاق وهو منه دونهما ، أجيب أن الإنهاء يحتاج إليه لتقرير الملك يجعل ما لم يكن كأنه ما هنا الملك متقرر فلا حاجة إليه .

(وإن أعتقه على مال) أي فإن أعتق العبد الذي اشتراه على مال ثم وجد به عيباً (لم يرجع بشيء لانه) أي المشتري (حبس بدله) أي بدل المبيع وأزال ملكه عنه بعوض (وحبس البدل كحبس المبدل) فصار كالمبيع ، وفي المبيع لا يرجع فكذا ما هنا (وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يرجع) وهو قول أبي يوسف والشافعي وأحمد رضي الله عنهم ، وفي شرح الاترازي بخطه ، ونقل الفقيه أبو الليث « رح » في شرحه للجامع الصغير عن الأمازي قال إذا اشتري عبداً فأعتقه على مال أو كاتبه أو قتله ثم وجد به عيباً لا يرجع بشيء في قول أبي حنيفة « رح » ، وفي قول أبي يوسف « رح » يرجع بنقصان العيب وهذا موضع تأمل .

(لانه) أي لان الاعتاق (انهاء للملك ، وإن كان بعوض) يعين منه للملك سواء كان بعوض أو غير عوض ، ولهذا ثبتت الولاية في الوجهين ، ولو أبق ثم علم بالعيب لم يرجع

(١) لأن - هاشم .

فإن قتل المشتري العبد ، أو كان طعاماً فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة ، أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف «رح» أنه يرجع لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كاللوت حتف أنفه ، فيكون إنهاء ، وجه والظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضموناً وإنما يسقط الضمان ها هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضاً ، بخلاف الاعتاق ، لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبداً مشتركاً ،

بالنقصان عند أبي حنيفة «رح» ما دام حياً وبه قال الشافعي رضي الله عنه ، وعن أبي يوسف «رح» يرجع ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في وجه لتحقيق المعجز في الحال . (قال) أي القدوري «رح» (وإن قتل المشتري العبد أو كان) أي الذي اشتراه كان (طعاماً فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة ، أما القتل فالمذكور) أي في القدوري «رح» (ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف «رح» أنه يرجع) محمد «رح» معه في رواية التابع ، وبه قال الشافعي وأحمد «رح» (لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به) أي لا يتعلق بقتل (حكم دنياوي) من القصاص والدية (فصار كاللوت حتف أنفه فيكون إنهاء) للملك لأن المقتول ميت بأجله كذا في المبسوط .

(ووجه الظاهر) أي وجه ظاهر الرواية (أن القتل لا يوجد إلا مضموناً) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس في الإسلام دم مفرح أي مبطل وهو بالحاء المهملة ، وقال ابن الأثير ويروى بالجيم ، ولهذا لو باشره في ملك غيره كان مضموناً .

(وإنما يسقط الضمان ها هنا) أي في قتل المولى عبده (باعتبار الملك فيصير) أي المولى (كالمستفيد به) أي ملك العبد (عوضاً) وهو سلامة نفسه على اعتبار العمد ، وسلامة الدية على اعتبار الخطأ فصار كأنه أخذ عوضاً بإزالة ملكه بالقتل كالموابع وأخذ الثمن بخلاف الاعتاق لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبداً مشتركاً) لا ضمان عليه ، فلم أن الإعناق لا يقتضي الضمان .

وأما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع ، وعنده لا يرجع استحساناً ،
وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تحرق لهما أنه صنع في المبيع
ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبهه الاعتاق ، وله أنه تعذر الرد بفعل
مضمون منه في المبيع فأشبهه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصوداً
ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع ، فإن أكل
بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة « رح »

(وأما الاكل فعلى الخلاف عندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد « رح » (يرجع)
بنقصان العيب (وعنده) أى عند أبي حنيفة رضي الله عنه (لا يرجع استحساناً) أى
من حيث الاستحسان (وعلى هذا الخلاف المذكور إذا لبس الثوب) الذى اشتراه (حتى
تتحرق) وتزق ثم اطلع على عيب عند البائع فعند أبي حنيفة « رح » ليس له الرجوع
بنقصان العيب خلافاً لأبي يوسف ومحمد والشافعي رضي الله عنهم ، وفي الخلاصة والفتوى
على قولها وأجمعوا أنه لو أتلف الطعام أو الثوب بسبب آخر ليس له حق الرجوع كذا في
شرح الطحاوى (لهما) أى لأبي يوسف ومحمد « رح » (أنه) أى ان المشتري (صنع في
المبيع ما يقصد بشرائه) وهو الاكل والشرب .

(ويعتاد فعله فيه) أى في المبيع ، فلا يمنع من الرجوع بنقصان العيب (فأشبهه
الاعتاق) من حيث انه إنهاء للملك بخلاف الاحراق والاستهلاك .

(وله) أى ولأبي حنيفة (أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبهه البيع
والقتل) أى ببيع الشيء الذى اشتراه ، وقتل العبد الذى اشتراه (فلا معتبر بكونه
مقصوداً) أى بكون الاكل أو اللبس ، وهذا جواب عن قولها إنه صنع في البيع ما
يقصد بشرائه تقريره أنه لا يعتبر بكون الاكل أو اللبس مقصوداً (ألا ترى أن البيع مما
يقصد بالشراء) لانه تصرف مشروع قد يقصد بالشراء (ثم هو يمنع الرجوع)
أى بالنقصان .

(فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة « رح ») يعنى

لان الطعام كشيء واحد ، وصار كبيع البعض ، وعندهما أنه يرجع
بنقصان العيب في الكل ، وعنهما أنه يرد ما بقي لانه لا يضره
التبعض . قال ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً أو قثاء أو خياراً أو
جوزاً فكسره فوجده فاسداً فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه
ليس بمال فكان البيع باطلاً ،

لا يرد ما بقي ، ولا يرجع بالنقصان (لان الطعام كشيء واحد) ولهذا رؤية بعضه
كروية كله (فصار كبيع البعض) دون البعض (وعندهما انه يرجع بنقصان العيب في
الكل) أى فيما أكل وفيما لم يأكل فأكل الكل لا يمنع الرجوع بالعيب عندهما فأكل
البعض أولى .

(وعنهما) أى وعن أبى يوسف ومحمد « رح » (أنه يرد ما بقي لانه لا يضره
التبعض) فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله ، وفي
المجتبى أكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي ، وبه يفتي .

ولو أطعم ابنه الصغير أو الكبير أو امرأته أو مكاتبه أو عتيقه لا يرجع بشيء ،
ولو أطعمه عبده أو مديره أو أم ولده يرجع لان ملكه باق اشترى دقيقاً وخبز بعضه
وظهر أنه من رد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز وهو المختار ، ولو كان سمناً ذاتياً فأكله
ثم أقر البائع أنه كان وقعت فيه فارة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتي .

(ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً أو قثاء أو خياراً أو جوزاً فكسره فوجده فاسداً فإن
لم ينتفع به) أى بالمبيع كالقرع إذا وجده مرأ أو البيضة إذا وجدها مذرة (رجع بالثمن
كله) كذا في جامع قاضى خان أيضاً ، وفي المبسوط وكذلك الفاكية إذا وجدها فاسدة
بعد الكسر فان كان لا يساوى شيئاً يرجع بكل الثمن لانه تبين بطلان المبيع (لانه
ليس بمال فكان البيع باطلاً) لعدم المالية ، إذ المال ما ينتفع به في الحال أو في ثاني الحال
فاذا كان لا ينتفع به أصلاً لا يكون عملاً للبيع فبطل البيع وبه قال الشافعى رضى الله
عنه ، واختاره المزني « رح » ، وهذا إذا كسره ولم يعلم بالعيب ، أما لو كسره وهو عالم

ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لأن مالهته باعتبار
اللب ، وإن كان ينتفع به مع فساد لم يردده ، لأن الكسر عيب
حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعاً للضرر بقدر الامكان ،
وقال الشافعي « رح » يردده لأن الكسر بتسليطه . قلنا التسليط على
الكسر في ملك المشتري لا في ملكه

بالمعيب صار راضياً به فبطل حقه من كل وجه .

(ولا يعتبر في الجوز صلاح قشرة على ما قيل) أشار به إلى الجواب عما قال بعض
الشايع « رح » إذا كان لقشر الجوز قيمة بأن كان في موضع معتبراً للخطب فيه يرجع
بحصه اللب ويصح العقد في قشره بحصة من الثمن ، لأن العقد في القشر صادم محله ، وقال
يرده أولاً بقوله ولا يعتبر إلى آخره ، ثم علله بقوله (لأن مالهته) أي لأن مالهية الجوز
قبل الكسر (باعتبار اللب) دون القشر .

(وإن كان ينتفع به مع فساد لم يردده ، لأن الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان
العيب دفعاً للضرر بقدر الإمكان) من الجانبين (وقال الشافعي رضي الله عنه يردده) أي
إذا كسر مقدارها لا يدمنه للعلم بالمعيب ، وفي كتبهم فيه قولان في قول لا يردده وهو اختيار
المزني « رح » وقول أبي حنيفة « رح » وفي قول الرد وقال مالك « رح » وأحمد « رح »
ليس له الرد ولا الارش ، لأنه ليس من البائع تلبس فإنه لا يعلم باطنه ، قلنا إن المشتري
إنما بذل الثمن في مقابلة التسليم فلا يمكن أن يلزم جميع الثمن في مقابلة العيب ، لأنه إضرار
به ، ولو كان كسر زيادة على مقدار ما لا بد منه للشافعي طريقان أظهرهما أنه لا يجوز له
الرد قولاً واحداً وهو قولنا لأن الكسر عيب ، والثاني أنه على القولين ، وعلى قول من
يقول له الرد هل يغرم إرش الكسر ، فيه قولان أحدهما يغرم والثاني لا يغرم ، لأنه
معذور ، إذ البائع سلطه عليه .. كذا في شرح الوجيز (لأن الكسر بتسليطه) أي
بتسليط البائع فصار كأنه فعله ورضي به .

(قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه) أي في ملك البائع لأنه

فصار كما إذا كان ثوباً فقطعه ، ولو وجد البعض فاسداً وهو قليل
جاز البيع استحساناً لأنه لا يخلو عن قليل فاسد ، والقليل ما لا يخلو
عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة ، وإن كان الفاسد كثيراً
لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع
بين الحر وعبده .

بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط إلا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه
(فصار كما إذا كان) المبيع (ثوباً فقطعه) ثم وجده مميباً فإنه يرجع بالتقصان بالإجماع ،
وإن حصل التسليط منه لكونه هدرأ ، هذا إذا وجد الكل فاسداً (ولو وجد البعض
فاسداً) والبعض صحيحاً (وهو قليل) أي الفاسد قليل (جاز البيع استحساناً لأنه)
أي أن الكثير من الجوز (لا يخلو عن قليل فاسد) فهو كالتراب في الخنطة ، فلو فسد
البيع باعتبار فات بيعه عادة ، وفي القياس لا يجوز لأنه كالحر والميتة بضم إلى المال .

ثم بين القليل من الكثير بقوله (والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة ، كالواحد والاثنين
في المائة) وجعل الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير في الجوز الخمسة أو الستة أو نحو
ذلك في المائة تمفوا ، وفي الذخيرة اشترى مائة بيضة فوجد فيها واحداً أو اثنين أو ثلاثة
مذرة لا يرجع بشيء وجعل الثلاثة في المائة قليلاً ، ولو اشترى عشرة جوزاً فوجد فيها
خمس خاوية اختلف المشايخ فيه .

قليل يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالإجماع ، وقيل يفسد في الكل
بالإجماع ، لأن الثمن لم يفصل ، وقيل العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة رضي الله عنه
لأنه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف
الثمن وهو الأصح ، لأن هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما ، فلن الثمن ينقسم على الأجزاء
لا على القيمة .

(وإن كان الفاسد كثيراً لا يجوز) أي في الكل (ويرجع بكل الثمن ، لأنه جمع بين
المال وغيره) وذلك مفسد للعقد (فصار كالجمع بين الحر وعبده) حيث يفسد في الكل

قال ومن باع عبداً فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب ، فإن قيل بقضاء
القاضي بإقرار وبينه أو بإبائه يمين له أن يرده على بائه لأنه فسخ من
الأصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه
صار مكذباً شرعاً بالقضاء ، ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر

(قال) أي القدوري (ومن باع عبداً فباعه المشتري ثم رد عليه) أي على المشتري
(بعيب) كان قبله .

(فان قيل) أي الرد (بقضاء القاضي بإقرار منه بالعيب أو بينة) قامت عليه عند
القاضي من جهة المشتري الثاني لما أنكر المشتري الأول قبوله بالرد (أو بإبائه يمين) أي
وبامتناعه عن اليمين يعني لما عجز الخصم عن إقامة البينة وتوجه على المشتري الثاني اليمين
فأبى عن اليمين وحكم القاضي عليه بالنكول .

ففي هذه الصور الثلاثة (له) أي للمشتري الأول (أن يرده) أي المبيع بالعيب
(على بائه لأنه) أي لأن المبيع (فسخ من الأصل) أي فسخ من كل وجه لأنه
تعذر اعتباره .

(فجعل البيع كأن لم يكن) أي فجعل البيع الثاني كالمعدم ، والبيع الأول قائم
فله الخصومة والرد بالعيب (غاية الأمر) هذا جواب عما يقال من جهة زفر أنه لما أنكر
العيب لم يكن له حق الخصومة لأنه متناقض في كلامه ، تقرير الجواب أن غاية أمر
المشتري (أنه أنكر قيام العيب) أي أنكر الإقرار بقيام العيب (لكنه صار مكذباً
شرعاً) أي من حيث الشرع (بالقضاء) أي بقضاء القاضي ، ولما صار مكذباً بالقضاء
ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئاً واقتران البائع باع ملك نفسه ثم جاء إنسان
واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن .

(ومعنى القضاء بالإقرار) هذا تأويل من المصنف « رح » لمعنى قول محمد « رح »
في الجامع الصغير ، فان قبله بقضاء القاضي بإقرار وهذا في القدوري أيضاً ولكن لفظه
فان قبله بقضاء القاضي فقط ، وليس فيه بإقرار وقال المصنف « رح » معناه (أنه أنكر

الاقرار فأثبت بالبينة ، وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداً

الإقرار فأثبت بالبينة (وإنما احتاج إلى هذا التأويل لأنه إذا لم ينكر إقراره بعد الإقرار لا يحتاج إلى القضاء بل يرد عليه بإقراره بالعيب وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه لأنه اقاله .

وفي الفوائد قال بعض مشايخنا الجواب في فضل البينة ، والنكول محمول على ما إذا كان المشتري ساكناً فإن البينة على الساكن مسموعة ، والساكن يستحلف أيضاً لأنه يترك منكراً .

أما إذا انكر المشتري الأول أن يكون هذا العيب عنده ثم كان بالبينة أو النكول فعلى قول محمد « رح » ليس له أن يخاصم بائعه لمكان التناقض ، وعلى قول أبي يوسف « رح » له ذلك لتكذيب القاضي إياه بالبينة وعامتهم قالوا إن سبق منه جحود نصابان قال وما بها هذا العيب وإنما حدث عندك ثم أقر به ذلك وأبى القبول فالقاضي أجبره على للقبول لم يكن أن يخاصم بائعه .

وفي الكافي قال زفر « رح » لا يعتبر فسخاً في حق البائع الأول حتى لا يرد عليه لأن القاضي مضطراً إلى القضاء ، وهذا الاضطراب جاء بإقراره أو بنكوله فانتقل فعل القاضي إليه لأن فعل المكره ينتقل إلى المكره بكسر الراء وإذا انتقل صار كأنه باشر بنفسه . قلنا فعل المكره إنما ينتقل إذا صلح آلة للمكره كما في القتل فإنه يمكنه أن يأخذه ويضربه عليه والقاضي لا يصلح آلة له في حق القضاء بالفسخ ، لأن الفسخ يكون بالكلام ، والكلام لا ينتقل إلى المكره لأن التكلم بلسان الغير لا يتصور .

(وهذا) إشارة إلى قوله أن يرده من حيث المعنى إذ تقديره والبيع الأول قائم بنفسه فلم يفسخ بفسخ بيع الثاني (بخلاف الوكيل بالبيع) بأن جواب عما يقال إذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك رداً على الموكل ، وفيما نحن فيه على المشتري ليس رداً على البائع تقريره أن هذا بخلاف الوكيل بالبيع وكل شخصاً يبيع عبده مثلاً فإنه (إذا رده عليه بعيب بالبينة) أي إذا رد على الوكيل بعيب بالبينة أو بالنكول (حيث يكون رداً

على الموكل ، لأن البيع هناك واحد والموجودها هنا بيعان ، فيفسخ الثاني ولا يفسخ الأول وإن قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرده لأنه يبيع جديد في حق ثالث ، وإن كان فسخاً في حقها والأول ثالثها ، وفي الجامع الصغير وإن رد عليه بإقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله

على الموكل لأن البيع هناك (أي في مسألة الوكيل (واحد) أي يبيع واحد ، فكان القضاء عليه بالرد رداً على الموكل (ولا يفسخ الأول) أي في مسألة بيع المشتري (بيعان فيفسخ الثاني) أي فيفسخ البيع الثاني (لا يفسخ الأول) أي البيع الأول ، فلأجل هذا لم يكن الرد على المشتري الأول رداً على بائعه (وإن قبل بغير قضاء القاضي) عطف على قوله فإن قبل بقضاء القاضي أي فإن قبل المشتري الأول بغير قضاء القاضي بل قبل برضاء (ليس له أن يرده) على بائعه (لأنه) أي لأن الرد بالتراضي (بيع جديد في حق ثالث) وهو إقالته (وإن كان فسخاً في حقها والأول) أي البائع الأول (ثالثها) أي ثالث اثنين وهما المشتري الأول الذي هو البائع الثاني والمشتري الثاني ، ولهذا يتعدد الشفيع حق الشفعة لأنه ثالثها فصار كأن المشتري الأول اشتراه ثانياً ما باع فلا يكون له حق الخصومة ، لا في الرد ولا في حق الرجوع بالنقصان .. كذا في الكافي ، وقال الشافعي رضي الله عنه يرده كما في الرد بالقضاء ، فإن قلت هذا يشكل بمسألة ذكرها في المحيط ، وهو من اشترى ديناراً بدرهم وقبض الدينار وباعه من ثالث ووجد به عيباً فردّه على المشتري الأول بغير قضاء كان له أن يرده على بائعه ، قلت لا يشبه الصرف العروض لأن الرد في العروض جعل بيعاً جديداً في حق الثالث وهو البائع الأول وها هنا لا يمكن أن يجعل بيعاً جديداً لأن النقود لا تتعين في العقود ، فكان البيع الثاني لم يكن في حقه .

(وفي الجامع الصغير وإن رد عليه) أي المشتري الأول (بإقراره بغير قضاء) أي بغير قضاء القاضي بالرد (بعيب) أي بسبب عيب (لا يحدث مثله) كالاصبع الزائدة أو

لم يكن له أن يخاصم الذي باعه، وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء، وفي بعض روايات البيوع أن فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب الأول عند البائع الأول. قال ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري البينة

الناقصة (لم يكن له أن يخاصم الذي باعه) صورته في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل عبداً ثم باعه من آخر فوجد به الآخر عيباً لا يحدث مثله فردّه على بائعه وقبل منه عبداً بغير قاض قال ليس له أن يردّه على البائع الأول أبداً .

قال المصنف (وبهذا) أي بوضع المسألة في الجامع الصغير في العيب الذي لا يحدث مثله (يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله) كالقروح والأمراض (وفيما لا يحدث) كالإصبع الزائدة كما ذكرنا (سواء) في الخصومة مع البائع إذا قبله بغير قضاء وذلك لأنه لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مع التيقن بوجوده عند البائع الأول كان أولى أن لا يتمكن من الرد فيما يحدث مثله مع احتمال أنه حدث عند المشتري بهذا هو فائدة وضع الجامع وهو الصحيح .

(وفي بعض روايات البيوع) أي بيع الأصل (أن فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول) والصحيح رواية الجامع الصغير لأن الرد بغير قضاء إقالة معتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الأول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول لخصامه .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة) صورة المسألة في الجامع الصغير محمد « رح » عن يعقوب بن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم وقبض العبد ثم جاء البائع بخصامه في الثمن فقال قد كنت دلست لي هذا

لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب
ودفع الثمن أولاً ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع ولأنه لو قضى بالدفع
فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صوتاً لقضائه ،

العيب قال لا يجبر على دفع الثمن حتى يشهد الشهود أو يستحلفه ، فإن قال شهودي بالشام
قال يقال له ادفع الثمن وإن شئت استحلف لك وادفع الثمن .. إلى هنا لفظ الجامع فأخذ
المصنف « رح » هذا ونقله بالمعبرة المذكورة ثم علل المسألة بقتله (لأنه أنكر) أي لأن
المشتري أنكر (وجوب دفع الثمن) أي وجوب تسليم الثمن على نفسه لما ادعى العيب
(حيث أنكر) أي المشتري (تعين حقه بدعوى العيب) لأن حقه في التسليم
لا في العيب .

(ودفع الثمن أولاً) يعني وجوب دفع الثمن أولاً إنما هو (ليتعين حقه) أي حق
البائع (بإزاء تعين المبيع) فحيث أنكر تعين حقه في المبيع لأن حقه في التسليم ، فقد
أنكر علة وجوب دفع الثمن أولاً وفي إنكار العلة إنكاراً للمعامل ، فانتصب خصماً ولا
بد حينئذ من حجة وهي إما بينة أو يمين البائع ، فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع
لأن صفة الإنكار تقتضي إسناد اليمين إليه لا إقامة البينة ، فالجواب أن الاعتبار بالمعنى
لا بالصورة وهو فيه مدعي يدعي ما يوجب دفع وجوبه دفع الثمن أولاً كان في
الصورة منكرأ .

(ولأنه) دليل آخر ولأن القاضي (لو قضى بالدفع) أي بدفع الثمن (فلعله يظهر
العيب فينتقض القضاء فلا يقضي) أي بالدفع (به صوتاً لقضائه) أي حفظاً لقضائه عن
النقض وما هنا سؤال وهو أن الموجب للجبر موجود وهو البيع مع القبض وما ادعاه
المشتري من العيب موهوم ، والموهوم لا يمارض المتحقق ، والجواب عنه يفهم من تقرير
الدليل الثاني على ما لا يخفى على الفطن ، ولكن توضيحه زيادة للبيان وهو وإن كان ما
ادعاه المشتري موهوماً لكن فيه صيانة القضاء عن النقض لأنه يمكن أن يقيم المشتري
البينة بعد الجبر على العيب فيلزم بطلان القضاء في عدم الجبر صوت القضاء عن النقض ،
وسعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود ، ولهذا لو عجل زكاة ماله قبل الحول إلى

فإن قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن
يعني إذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود ، لأن في الانتظار
ضرراً بالبائع ، وليس في الدفع كثير ضرر به ، لأنه على حجته ، أما
إذا نكل ألزم العيب لأنه حجة فيه .

المساعي لا يسترد لاحتمال أنه يكون زكاة ببقاء المال في يده ، ولأن الموجب للجبر لا
نسلم أنه متحقق إذ الموجب للجبر البيع مع قبض الحق ، وما هنا قبض الحق غير
متعين لإنكاره .

(فإن قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع) يعني إذا طلب من المشتري
إقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب في الشام استحلف البائع ولا ينتظر حضور
الشهود لأنه أمر على خطر ، أو يكون أم لا يكون فلا يؤخر الواجب بل يحلف البائع ،
فإن قال بالله لقد سلمته إليك بحكم البيع وما به هذا العيب أجبر المشتري على دفع الثمن
وهو معنى قوله (ودفع الثمن يعني إذا حلف لا ينتظر حضور الشهود لأن في الانتظار ضرراً
البائع) لأن التأخير لا إلى غاية يجرى مجرى الإبطال .

(وليس في الدفع كثير ضرر به) جواب عما يقال إن في إلزام المشتري دفع الثمن
ضرراً له ، وتقدير الجواب ليس في دفع الثمن إلى المشتري كثير ضرر به بالمشتري (لأنه
على حجته فيه) يعني بسبيل من إقامة البينة عند حضور شهوده .

وقال الأكل رحمه الله وفيه بحث من وجهين الأول ما قيل في بقاء المشتري على حجته
بطلان قضاء القاضي ، والثاني أن الانتظار وإقامة الحجة بعد الدفع مؤقتان بحضور
الشهود فكيف كان أحدهما ضرراً والآخر دونه .

والجواب عن الأول أن القاضي ما هنا قد قضى بإدائه الثمن إلى حضور الشهود لا
مطلقاً فلا يلزم البطلان ، وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود متهم لجواز أن يكون
ذلك مهاتلة فلا يسمع قوله في حق غيره ، أما إذا نكل أي البائع عن اليمين ألزم العيب
لأنه أي لأن النكول حجة فيه أي في ثبوت العيب قيل هذا إحتراز عن النكول في

قال ومن اشترى عبداً فادعى إبقاؤه لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري
البينة أنه أبق عنده والمراد التحليف على أنه لم يأت به عنده لأن القول
وإن كان قوله ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري،

الحدود والقصاص فإنه ليس بحجة وكذا النكول ليس بحجة في الأشياء الستة عند أبي
حنيفة « ره » وقال الأتراسي « ره » في قولهم في بيان هذه المسألة لأن المشتري على حجته
دليل أن إقامة البينة بعد حلف المدعى عليه معتبرة .

وفي خلاصة الفتاوى لو أقام المدعي البينة بعدما حلف المدعى عليه فقبل وكذلك لو
قال المدعي للمدعى عليه احلف وأنت بريء ، أو قال إذا حلفت فأنت بريء ، فحلف ثم
أقام هو البينة تقبل ، أما إذا قال المدعي لا بينة لي فحلف المدعى عليه ثم أتى هو
بالبينة تقبل في رواية الحسن « رح » عن أبي حنيفة « رح » وعن محمد « رح » أنها
لا تقبل .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى عبداً فادعى إبقاؤه لم يحلف
البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده) صورة المسألة فيه محمد عن أبي حنيفة رضي
الله تعالى عنه في رجل باع رجل عبداً فقال المشتري يعني إبقاؤه وكذبه البائع ، قال لا أحلف
البائع على الإبقاء حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده ، فإذا قام على ذلك البينة استعطف
البائع بالله لقد باعه وقبضه وما أبين قط ... انتهى وضع المسألة في الإبقاء والحكم في جميع
المعيب التي لا تشاهد عند الخصومة كذلك نحو السرقة والبول على الفراش والجنون ، إلا
أن المعاودة في يد المشتري شرط في المعيب الثلاثة والحالة واحدة ، وهل تشترط المعاودة
في الجنون . فيه كلام قد مر أول الباب .

(والمراد التحلف على أنه لم يأت به عنده) أي المراد من قول محمد « رح » لم يحلف
البائع حتى يقيم المشتري البينة يحلف على أن العبد لم يأت به عند البائع يعني لا يحلف البائع
ولا يتوجه عليه الخصومة ما لم يثبت العيب عند المشتري أولاً بالحجة (لأن القول وإن
كان قوله ولكن إنكاره) أي إنكار البائع (إنما يعتبر بعد قيام العيب به) أي بالمبيع
(في يد المشتري) لأن السلامة أصل والعيب عارض .

ومعرفته بالحجة ، فإذا أقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه إليه ، وما أبق عنده قط كذا قال في الكتاب ، وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط ، أما لا يحلفه بالله لقد باعه ، وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه ، وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر ، للمشتري ولأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه ، والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتناوله في اليمين

(ومعرفته) أي معرفة قيام العيب (بالحجة ، فإذا أقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط .. كذا قال في الكتاب) أي في الجامع الصغير ، وقد مر عن قريب .

وقال المصنف (وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي) أي ليس للمشتري حق الرد عليك أيها البائع بالسبب الذي يدعيه المشتري (أو بالله) أو حلفه بالله (ما أبق عندك قط ؟) يعني أو حلفه القاضي بهذا الوجه فيقول البائع بالله ما أبق قط . وإنما قال عندك ، لأن القاضي يخاطب البائع كذلك ، فإذا حلف أضاف إلى نفسه . (أما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والأول ذهول عنه) أي التحليف بقوله بالله لقد باعه وما به هذا العيب غفلة عن حدوث العيب بهذا البيع قبل التسليم ، فلأجل هذا لا يحلف بهذا الوجه لأن العيب ربما لا يكون عند البائع ثم يحدث قبل التسليم وهو موجب للرد ، فإذا حلف على العيب لم يكن عند البائع يتضرر المشتري ، لأن البائع صادق في حلفه فلا يحث .

(والثاني) أي التحليف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب (يوهم تعلقه) أي تعلق العيب (بالشرطين) يعني البيع والتسليم (فيتناوله) أي البائع (في اليمين) ويقول

عند قيامه وقت التسليم دون البيع ، ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما نعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما ، واختلف المشايخ « رح » على قول أبي حنيفة « رح » لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليه البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح إلا من خصم ، ولا يصير خصماً فيه إلا بعد قيام العيب ،

لم يكن العيب (عند قيامه) أي عند قيام الميب (وقت التسليم دون البيع) يعني لم يكن العيب عند الحالتين بل عند التسليم فحسب ، فإذا حلف على هذا الوجه يكون صادقاً ولا يحنث إذ بانتفاء الجزء لا ينتفي كل فيتضرر المشتري ، وإنما قال يوم إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه يوم لذلك .

(ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما نعلم أنه أبق عنده) أي عند المشتري (يحلف على قولهما) أي قول أبي يوسف ومحمد على العلم لأنه تحليف على فعل الغير فيحلف البائع بالله ما يعلم أن هذا العبد جن عند هذا المشتري ولا أبق ولا سرق ولا بال على فراش .. كذا ذكر في الجامع الكبير قولهما ولم يذكر قول أبي حنيفة « رح » (واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة « رح ») فقليل يحلف عنده أيضاً ، وقيل لا يحلف وهو الأصح (لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة .. فكذا يترتب التحليف) أي صحة التحليف تترتب على إقامة البينة من المشتري .. فكذا يصح التحليف .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (على ما قاله البعض) أي بعض المشايخ « رح » (أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح) على الدعوى الصحيحة (إلا من خصم ولا يصير) أي المشتري (خصماً فيه) أي فيما ذكرنا (إلا بعد قيام العيب) عند نفسه ، وفي هذا إشارة إلى أنه لا يشترط لترتب البينة على الدعوى كونها صحيحة ، بل

وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانياً للرد على الوجه الذي قدمناه
قال رضي الله عنه إذا كانت الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق
منذ بلغ مبلغ الرجال ، لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد
البلوغ . قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيباً فقال البائع
بعتك هذه وأخرى معها ، وقال المشتري بعثتها وحدها فالقول قول
المشتري ، لأن الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول
للقابض كما في الغصب

تقوم البينة فيما لا دعوى فيه أصلاً كالحدود ، وكذا تصح إقامة البينة على أنه وكيل أو
وارث فلان بلا دعوى (وإذا نكل) أي البائع (عن اليمين عندهما يحلف ثانياً للرد)
وهذه اليمين تسمى بين الرد ، فإن حلف بريء ، وإن نكل يثبت العيب عند البائع فيرد
عليه (على الوجه الذي قدمناه) أي يحلف على الثبات على ما قدمه من قوله بالله ماله حق
الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط ؟ وفي بعض النسخ يحلف ثانياً
للرد إلى آخره .

(قال العبد الضعيف) هو المصنف رحمه الله (إذا كانت الدعوى في إباق الكبير
يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال ، لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ)
وذلك لأن اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة فلا يلزم الرد من وجودها عند المشتري في
الكبر إذا كان وجودها عند البائع في الصغر ، فإذا حلف البائع مطلقاً يكون فيه ترك
النظر للبائع لأنه يمنع عن اليمين مطلقاً إذا وجدت هذه العيوب عنده
في الصغر .

(وقال من اشترى جارية وتقابضا) أي قبض البائع الثمن والمشتري والجارية (فوجد
بها عيباً فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها ، وقال المشتري بعثتها وحدها فالقول قول
المشتري لأن الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض) لأنه أعرف بما قبضه
(كما في الغصب) فإنه إذا اختلف القاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت مني

وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا . قال
ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيباً
فإنه يأخذهما أو يدعهما لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقاً
قبل التمام ، وقد ذكرناه ، وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق
فيه كالتفريق في العقد ، ولو وجد بالمقبوض عيباً اختلفوا فيه ،
ويروى عن أبي يوسف « رح » أنه يرده خاصة ،

غلامين ، وقال الغاصب غلاماً واحداً فالقول بالغاصب لأنه القابض (وكذا إذا اتفقا) أي
المتعاقدان (على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) بأن كان المبيع جارين فاختلفا
فقال البائع قبضتها وقال المشتري ما قبضت إلا أحدهما فالقول قول المشتري (لما بينا) أن
في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض
أحدهما ووجد بالآخر عيباً فإنه يأخذهما أو يدعهما) أي يأخذهما جميعاً أو يتركهما جميعاً ،
وليس له أن يأخذ السليم خاصة (لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون) أي قبض أحدهما
(تفريقاً قبل التمام) وهو لا يجوز (وقد ذكرناه) يعني قبل باب خيار العيب بقوله لأن
الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله (وهذا) أي التفريق في
القبض لا يجوز (لأن القبض له شبه بالعقد) من حيث أن القبض يثبت ملك التصرف
وملك اليد كما أن العقد يثبت ملك رقبة ، والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك
اليد (فالتفريق فيه) أي في القبض (كالتفريق في العقد) ولو قال بعت منك هذين العبدین
فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا .

(ولو وجد بالمقبوض عيباً) أي لو وجد المشتري بالمقبوض عيباً فيما إذا اشترى عبدين
فقبض أحدهما ووجد فيه عيباً (اختلفوا) أي المشايخ (فيه) أي في حكمه ، والصحيح
أنه لا يرد المقبوض خاصة ، يعني إن شاء ردهما جميعاً أو أخذهما ، كما يجيء الآن .
(ويروى عن أبي يوسف « رح » أنه يرده) المقبوض (خاصة) لأن الصفقة تمت فيه

والأصح أنه يأخذهما أو يردهما ، لأن تمام الصفقة تعلق
بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق
زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعهم ، ولو قبضهما ثم
وجد بأحدهما عيباً يرده خاصة خلافاً لزفر هو يقول فيه تفريق
الصفقة ، ولا يعرى عن ضرر لأن العادة جرت بضم الجيد إلى
الردىء فأشبه ما قبل القبض ،

(والأصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل) أى
لكل ما وقع عليه العقد (فصار) أى تمام الصفقة (كحبس المبيع لما تعلق زواله) أى
زوال حبس المبيع (باستيفاء الثمن لا يزول) أى حق الحبس (دون قبض جميعه) أى
جميع الثمن ، وقوله لا يزول جواب لما (ولو قبضهما) أى العبدین مثلاً (ثم وجد بأحدهما
عيباً يرده) أى المقبوض (خاصة خلافاً لزفر) فإن عنده ليس له إلا أن يردهما .
وبه قال الشافعي رضي الله عنه كذا ذكر قولهما في الايضاح وكذا ذكر شمس الأئمة
البيهقي « رح » قول زفر « رح » في الكفاية وكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي « رح »
في شرح الكافي قول زفر « رح » فقال على قول زفر يردهما إن شاء ، ولكن قال القدوري
« رح » في كتاب التقريب قال أصحابنا إذا اشترى عبدین صفقة واحدة فوجد بأحدهما
عيباً بعد القبض رده خاصة .

وقال زفر « رح » يرد المعيب في الوجهين ، وعلل لزفر « رح » بأن العقد صح فيهما ،
والعيب وجد بأحدهما فصار كما بعد القبض ، وذكر صاحب التخلّف والمنظومة مثل
ما ذكر القدوري « رح » فيحمل الاختلاف في قول زفر « رح » على اختلاف الرواية عنه
(هو يقول) أى زفر « رح » (فيه تفريق الصفقة ولا يعرى) أى تفريق الصفقة (عن
ضرر لأن العادة جرت) بين التجار (بضم الجيد إلى الردىء) لرواج الردىء ، فإذا جاز ،
رد أحدهما دون الآخر يفوت غرض البائع وفيه ضرر (فأشبه ما قبل القبض) يجمع
دفع الضرر .

وخيار الرؤية والشرط ، ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام ، لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب ، وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ، ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر . قال ومن اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن فوجد بيعه عيباً رده كله إذا أخذه كله، ومراده بعد القبض

(وخيار الرؤية) أى وأشبه خيار الرؤية (والشرط) أى وخيار الشرط (ولنا أنه) أى أن الرد (تفريق الصفقة بعد التمام) أى بعد تمام الصفقة (لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب) لأن العيب لا يمنع تمام الصفقة فيرد الميب خاصة ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول (وفي خيار الشرط والرؤية لا تتم به) أى لا تتم الصفقة بالقبض فيهما (على ما مر) أى في باب خيار الرؤية .

(ولهذا) أى ولأجل التفريق بعد التمام (لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر) أى بعد قبضهما ، وهذا كله إذا كان المشتري شئين يمكن الانتفاع بأحدهما دون الآخر كالعبد والثوبين ، أما إذا كان المشتري شئين لا يمكن الانتفاع بأحدهما دون الآخر كخفين ومصرعي باب ونملين فقبضهما ثم وجد بأحدهما أو بهما عيباً ردهما ان شاء أو أخذهما ، وليس له أن يرد أحدهما دون صاحبه .. كذا قال الكرخي في مختصره ، وفي الفتاوى الصغرى إذا اشترى خفين فوجد أحدهما ضيقاً إن كان لا يدخله لعة في الرجل ليس له أن يرده ، وإن لم يكن كذلك له أن يرده .

(ومن اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن فوجد بيعه عيباً رده كله أو أخذه كله ، ومراده بعد القبض) أى ومراد محمد « رح » بعد القبض ، لأن المسألة من مسائل الجامع الصغير ، وفي بعض النسخ والمراد به بعد القبض ، وإنما قيد به لأنه إذا كان قبل القبض لا يتفاوت الحكم عندئذ بين المكيل والموزون وغيرهما في أنه لا يجوز تفريق الصفقة ببرد الميب خاصة ، وأما التفريق إذا كان بعد القبض فيجوز تفريق الصفقة فيما عدا المكيل والموزون ، وأما فيهما فلا يجوز إذا كان في وعاء واحد على ما هو اعتبار المشايخ « رح » .

لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد
ألا ترى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه ، وقيل هذا
إذا كان في وعاء واحد ، وإن كان في وعائين فهو بمنزلة عبيدين حتى
يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ،

وللشافعي رضي الله عنه قولان في الكل قبل القبض وبعده (لأن المكيل والموزون
إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد) احتراز به عما إذا كان المكيل من جنسين
كالخطة والشمير فان للمشتري أن يرد المبيع خاصة ، وللشافعي رضي الله عنه قولان فيه
بناء على جواز تفريق وعدمه .

ألا ترى أنه يسمى باسم واحد (أى حكماً وتقديراً لا تحقيقاً لأن المالة والتقوم في
المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع فان الحبة الواحدة ليست مقومة حتى لا يصح
بيعها فكانت القابلة للبيع باعتبار الاجتماع فصار الكل في حق البيع كشيء واحد ،
والشيء الواحد لا يرد بعضه دون البعض (وهو الكر) بضم الكاف وتشديد الراء ، وهو
مكيال لأهل العراق معروف ، وجمعه الكرار ، وقال الأزهري « رح » الكرستون قفيزاً
والقفيز ثمانية مكايل والمكوك صاع ونصف صاع (ونحوه) أى ونحو الكر كالوسق
والفرق والصبرة .

(وقيل هذا) أى الذي ذكرنا من أخذ الكل أو رد الكل (إذا كان في وعاء
واحد ، وإن كان في وعائين فهو بمنزلة عبيدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون
الآخر) إذا كان قبضهما ، لأن ذلك لا يوجب عيباً زائداً ، وقال الفقيه أبو الليث رحمه
الله في شرحه للجامع الصغير معنى هذا أن العيب إذا كان مختلطاً بالذى لا عيب فيه
فليس له أن يرد المبيع ، لأنه لو رده على البائع كان ذلك إضراراً به ، وأما إذا كان
المبيع في جوالتي والجيد في جوالتي أن يرد المبيع خاصة لأنه بمنزلة شيئين مختلفين .

ثم قال أبو الليث « رح » هذا التاويل يصح على قول محمد « رح » خاصة ، وإحدى
الروايتين عن أبي يوسف ، وعلى قول أبي حنيفة « رح » لا يصح هذا التاويل لأنه روى

ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لأنه لا يضره التبعض ،
والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك ،
وهذا إذا كان بعد القبض ، أما لو كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي
لتفرق الصفقة قبل التام . وإن كان ثوباً فله الخيار لأن التشقيص فيه

الحسن بن زياد عن أبي حنيفة « رح » في المرد أن رجلاً لو اشترى أعدالاً من تمر فوجد
بعدل منهما عيباً ، فإن كان التمر كله من جنس واحد فهو بمنزلة شيء واحد فليس له أن
يرد بعضه دون بعض ، ونقل الناطقي في الأجناس عن البيوع في رواية بشر بن الوليد
« رح » لو اشترى زقين من السمن أو سلتين من زعفران أو حلين من القطن أو الشعير قبض
الجميع ، له رد الميب خاصة ، إلا أن يكون هذا ، والآخر على السواء ، فاما أن يرد
كله أو يترك كله .

(ولو استحق بعضه) أى بعض ما يكال أو يوزن بعد القبض (فلا خيار له في رد ما
بقي لأنه لا يضره التبعض) والشركة في المكيلات والموزونات لا تعد عيباً باعتبار أن
التبعض لا يضرهما بعد القبض لتتمام الصفقة (والاستحقاق) جواب إشكال ، وهو أن
يقال ينبغي أن يكون له الخيار في رد ما بقي في صورة الاستحقاق كيلا يلزم تفريق
الصفقة قبل التمام ، وتقرير الجواب أنه لا يلزم ذلك لأنه لو لزم ذلك الملزوم بطريق
الاستحقاق والاستحقاق (لا يمنع تمام الصفقة ، لأن تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك)
لأن العقد حق المعاهد ، وتماه يستدعي تمام رضاه وبالأستحقاق لا ينعدم ذلك ، ولهذا
قلنا في الصرف والسلم إذا جاء المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحاً فعلم أن تمام
العقد يستدعي تمام رضاه العاقد لا المالك .

(وهذا) أى كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد (وإذا كان بعد القبض ، أما لو
كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام) لأن تمام الصفقة يحتاج
إلى رضاه العاقد ، وقبض المبيع وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها .

(وإن كان ثوباً) أى وإن كان المستحق ثوباً (فله الخيار ، لأن التشقيص فيه) أى

عيب ، وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ، ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فداواها أو كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لأن ذلك دليل قصده الاستيفاء ، بخلاف خيار الشرط ، لأن الخيار هناك للاختيار ، وإنه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطاً ، وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفاً فليس برضا ، أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد ، والجواب في السقي ، واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد منه بدأ إما لصعوبتها أو لعجزه

في الثوب (عيب) عرفاً (وقد كان) أي التفتيش (وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق) يعني أن عيب الشركة فيه لم يحدث في يد المشتري حتى يمنع الرد الذي كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق ، فلا يكون مانعاً (بخلاف المكيل والموزون) فإن التفتيش ليس بعيب فيها حيث لا يضر .

(ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فداواها أو كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لأن ذلك دليل قصده الاستيفاء) وإمساك العين الأصل في هذه المسائل أن تصرف المشتري بشيء يدل على الرضاء بعد العلم بالعيب يمنع الرد والارش نحو العرض على البيع والإجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والرهن والكتابة والإستخدام مرة ثانية لأنه صار راضياً بالعيب (بخلاف خيار الشرط ، لأن الخيار هناك) أي في خيار الشرط (للاختيار ، وإنه) أي وإن الإختيار يكون (بالإستعمال ، فلا يكون الركوب مسقطاً) للخيار لكون الركوب في شرط الخيار للامتحان فيكون مقصوداً من الخيار .

(وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها) أي أو ركبها ليسقيها (أو ليشتري لها علفاً فليس برضا) بالعيب (أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد منه بدأ إما لصعوبتها) أي لصعوبة الدابة (أو

أو لكون العلف في عدل واحد ، وأما إذا كان يحد منه بدأ
لانعدام ما ذكرنا فيكون رضا . قال ومن اشترى عبداً قد سرق
ولم يعلم به فقطع عند المشتري ، له أن يردّه ويأخذ الثمن عند
أي حنيفة رضي الله عنه ، وقال يرجع بما بين قيمته سارقاً إلى غير
سارق ، وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع

لمعزّه) أي أو لمعز نفسه (أو لكون العلف في عدل واحد ، وأما إذا كان يحد منه
بدأ لانعدام ما ذكرنا فيكون رضا) وفي خلاصة الفتاوى فلو حمل علف دابة أخرى
وركبها أو لم يركبها فهو رضى ، وقال ابن دريد العدل بالكسر إذا عدل بمثله (قال) أي
محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به) ولم يعلم المشتري بكون
العبد قد سرق لا وقت البيع ولا وقت القبض كذا ذكره التمرناشي « رح » (فقطع عند
المشتري) أي قطعت يده عند المشتري لثبوت سرقة (له) أي للمشتري (أن يردّه
ويأخذ الثمن عند أي حنيفة رضي الله عنه) أي جميع الثمن ... هكذا ذكر في عامة
شروح الجامع الصغير ، وهكذا في بعض روايات المبسوط في جامع التمرناشي ، وبعض
روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ، وقول من قال يرجع بكل الثمن ينصرف إلى
اختيار رد العبد المقطوع ، وقول من قال بالنصف ينصرف إلى اختيار امساك

(وقال) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (يرجع بما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق)
يعني يقوم سارقاً وغير سارق فيرجع بفضل ما بينها من الثمن (وعلى هذا الخلاف) المذكور
بين أي حنيفة وصاحبيه (إذا قتل) أي العبد (بسبب وجد في يد البائع) صورته
اشترى عبداً مباح الدم لقود أو وردة أو قطع طريق فقتل عند المشتري يرجع على البائع
بكل الثمن عند أي حنيفة « رح » ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول وهو اختيار
الزني وأبي إسحاق المروزي « رح » وعندهما يقوم مباح الدم ومعصوم الدم فيرجع بفضل
ما بينهما وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول وهو اختيار ابن شريح وأبي هريرة رضي
الله عنه من الصحابة ، وفي صحة بيع العبد الجاني له قولان أحدهما أنه يصح واختاره

والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده ، وبمنزلة العيب عندهما ، لهما
أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وإنه لا ينافي المالية فنفذ
العقد فيه ، لكنه متغيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما
إذا اشترى جارية حاملاً فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما
بين قيمتها حاملاً إلى غير حامل

المزني « رح » والثاني أنه لا يصح وما ذكرنا من القولين في الرجوع بكل الثمن والنقصان
على قول صحة البيع كذا في كتبهم .

(والحاصل) من هذا الخلاف (أنه) أي أن مستحق القطع أو مباح الدم (بمنزلة
الاستحقاق عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » فإذا ظهر مستحق يرجع بكل الثمن
فكذلك هنا (وبمنزلة العيب عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » فإذا ظهر عيب
يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبداً قد يوجب عليه القطع وعبداً لم يجب عليه القطع
ويرجع بازاء النقصان من الثمن .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل
وأنه) أي وأن سبب القطع والقتل (لا ينافي المالية) بدليل صحة البيع ونفاذ تصرفه
فيه بالعتق وغيره ، ولو كان لحل الدم أثر في انعدام المالية لما صح البيع كذا في الأسرار
(فنفذ العقد فيه لكنه متغيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده) أما التعمد في صورة القتل فظاهر ،
وكذا في صورة قطع اليد فكان بمنزلة عيب حادث عند المشتري والمعيب الحادث عنده يمنع الرد
ولكنه يرجع بنقصان عيب السرقة لا ينقصان عيب القطع وبه صرح الزاهد العتاني ، لأن القطع
وإن كان مضافاً إلى السرقة لأنه يستحق بها لم يكن فوات المالية في ضمنه مضافاً إليها لأن
السرقة لا تفوت المالية والقطع يستحق من حيث أنه أدب لا من حيث أنه مال فلهذا
أوجب الرجوع بنقصان عيب السرقة لا عيب القطع (وصار) هذا (كما إذا اشترى جارية
حاملاً) ولم يعلم بالحمل وقت الشراء القبض (فماتت في يده) أي في يد المشتري
(بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً إلى غير حامل) ولا يرجع بكل الثمن

وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود
فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق وصار كما إذا قتل
المغضوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر
من المسألة ممنوعة

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (ان سبب الوجوب في يد البائع) أي سبب
وجوب القطع أو القتل العمد وهو السرقة أو القتل حده في يد البائع (والوجوب) أي
سبب الوجوب (يفضي إلى الوجود ، فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق) فصار
كالمتحقق ، والمتحقق لا يتناوله العقد فينتقض القبض من الأصل لعدم مصادفة محله
(وصار) هذا (كما إذا قتل المغضوب) أي العبد المغضوب (أو قطع بعد الرد) إلى
مولاه (بجناية) أي بسبب جناية (وجدت في يد الغاصب) صورته غصب رجل عبداً
فقتل العبد عنده رجلاً عمداً فردّه على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته
كما لو قتل في يد الغاصب .

(وما ذكر من المسألة ممنوعة) أي مسائل الحل وجه المنع أنها على قولها وأما على
قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن إذا ماتت من الولادة وقبل إنها على
الاختلاف أيضاً ، وإن لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع ولئن سلمنا فنقول الموجود في يد
البائع الاعلاق وأنه يوجب انفصال الولد ولا يفضي إلى الهلاك غالباً بل الغالب هو السلامة
عند الولادة وهو نظير الزاني إذا جلد بخلاف ما إذا غصب جارية فحملت في يد الغاصب
فردّها فولدت في يد المالك وماتت يرجع على الغاصب ، أما ما هنا الحل لا يمنع صحة
التسليم إلى المشتري كذا في جامع العتابي والمبسوط وفائدة الخلاف فيما إذا اطلع على
سبب القتل والقطع ولم يقتل ولم يقطع هل يجوز رده أم لا فعند أبي حنيفة « رح » لا
يجوز رده لأنه بالإستيفاء يكون بمنزلة الاستحقاق ، وعندهما يجوز وبه قال الشافعي
رضي الله عنه لأنه بمنزلة العيب وكونه مستحقاً للقطع أو القتل عيب سواء استوفى
أم لا ، وفي تتمهم وفائدة الخلاف يظهر في أمر الكفن والدين فعلى طريقة المروزي
على البائع وعلى طريقه ابن شريح على المشتري .

ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما ،
عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البائع
للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وإن قبله البائع فبثلاثة أرباع لأن
اليـد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين إحداهما الرجوع
فيمتصف ، ولو تداولته الأيدي

(ولو سرق) أي العبد المبيع (وفي يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما) أي
بالسرقين (عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » (يرجع) أي المشتري
(بالنقصان) أي بنقصان السرقة الموجودة عند البائع (كما ذكرنا) يعني عند قوله وإن
اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به إلى آخره .

(وعنده) أي وعند أبي حنيفة « رح » (لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث
ويرجع بربع الثمن وإن قبله البائع فبثلاثة أرباع) أي يرجع بثلاثة أرباع الثمن (لأن
اليـد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين) وهما اللتان كانت إحداهما في يد البائع والأخرى
في يد المشتري (وفي إحداهما) وفي إحدى الجنايتين (الرجوع) أي رجوع المشتري على
البائع بنصف الثمن (فيمتصف) أي النصف فينقسم عليها نصفين لكون القطع مضافاً إلى
السرقين فيسقط نصف النصف عن البائع وهو الربع ويضاف الربع الباقي إلى النصف
فيصير ثلاثة أرباع فيرجع بها على البائع .

فان قيل إذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع
وكذلك رجع المشتري عليه جميع الثمن لم يكن ما هنا ، كذلك أوجب بأن هذا على
قول أبي حنيفة نظر إلى جريانه مجرى الإستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه ، فان قلت
أما تذكر ما تقدم أن حكم العيب والإستحقاق يستويان قبل القبض وهذه في غير
المكيل والموزون ، فما الذي أوجب الاختلاف هاهنا بينهما ، قلنا بلى ولكن ليس كلامنا
الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الإستحقاق والميب وما ينزل منزلة الشيء لا يلزم أن يساويه
في جميع الأحكام .

(وإن تداولته الأيدي) يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع تداولته

ثم قطع يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق ، وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضاء به ولا يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع .

الأيدى يعني أمع ؟ من يد إلى يد (ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة) وهو جمع بائع كالحاكم جمع حائك (بعضهم على بعض) بالثمن (عنده كما في الاستحقاق) أي عند أبي حنيفة « رح » وبه قال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه (وعندهما) أي وعند أبي يوسف ومحمد « رح » (يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب) فلا يرجع فيه وهذا لأن المشتري الأخير لم يصير حابساً حيث لم يبعه ولا كذلك الآخرون فإن البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب .

(وقوله في الكتاب) أي قول محمد « رح » في الجامع الصغير (ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضاء به ولا يفيد على قوله) أي على قول أبي حنيفة « رح » (في الصحيح ، لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع) وقيد بالصحيح احترازاً عما روي عن أبي حنيفة « رح » أنه لا يرجع لأن حل الدم من وجهه كالأستحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فله شبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لأنه إنما جمل هذا كالأستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه في شرح الطحاوي إذا كان المشتري عالماً وقت العقد وقبل القبض صار راضياً بالعيب فلا يرجع على بائعه بشيء في قولهم جميعاً .

وقال فخر الإسلام « رح » والصحيح أن العلم والجهل سواء لأنه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ، وقال الأكمل « رح » قيل فيه نظر قلت القائل بالنظر هو الاترازي « رح » حيث قال لانا نقول سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن

قال ومن باع عبداً وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يردّه
بعيب ، وإن لم يسم العيوب بعددها ،

لا نسلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن ، ولكنه
أجري مجرى الاستحقاق عند أبي حنيفة رحمة الله عليه ونزل منزلته لا حقيقة لأث في
حقيقة الاستحقاق سواء كان عالماً بذلك أو جاهلاً قبل القبض أو بعده يبطل البيع ويرجع
بجميع الثمن في قولهم جميعاً وبه صرح في شرح الطحاوي وهنا لا يبطل البيع ولهذا لو
أعتق المشتري قبل القتل أو القطع صح عند أبي حنيفة « رح » أيضاً إلا أنه لا يرجع عند
أبي حنيفة « رح » بشيء إذا قتل أو قطع بعد الاعتاق بسبب كان عند البائع لأن القتل
أو القطع لم يفوت المالية لعدم المالية حينئذٍ وعندهما يرجع بالعيب أعني نقصان عيب
السرقه ونقصان كونه حلال الدم ، لأن الملك ينتهي ويتقرر بالاعتاق كالملوك فلا يبطل
الرجوع ، هذا آخر كلام الاترازي .

والأكمل « رح » لم يذكر كلام الاترازي « رح » بكماله فأخذ بعضه ثم قال قيل فيه
نظر ثم قال والجواب أن كونها أصح أو صحيحاً ويجوز أن يكون من حيث صحة النقل
وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أن يكون من حيث الدليل ، وقوله في النظر وهذا عيب
ممنوع لأنهم صرحوا بأنه بمنزلة العيب أو أنه عيب من وجه وإذا كان كذلك فلا يلزم أن
يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة
فأجري مجراه ، وهذا آخر كلام الأكمل « رح » . قلت جوابه لا يخلو عن خدش على
ما لا يخفى وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع غير مسلم لأن تعليقه يدل على جواز القول
بأنه عيب فليتأمل .

(قال) أي للقدوري « رح » (ومن باع عبداً وشرط البراءة من كل عيب فليس له
أن يردّه بعيب وإن لم يسم العيوب بعددها) وفي بعض النسخ فليس له أن يردّه وإن لم
يعدّها إلى العيوب .

قال الكاكي « رح » وهو الصحيح قوله ليس له أن يردّه بعيب لصحة الشرط والبيع ،
وقال زفر « رح » البيع صحيح والشرط فاسد إذا كان مجهولاً ، وفي المختلف البيع باطل

وقال الشافعي « رح » لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن الإبراء
عن الحقوق المجهولة لا يصح هو ، يقول إن في الإبراء معنى التملك
حتى يرتد بالرد

وعلى قوله فاسد إذا عد الميوب صحة البراءة أيضاً .

(وقال الشافعي رضي الله عنه لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن الأبراء عن الحقوق
المجهولة لا يصح) للشافعي رحمه الله فيه طريقتان أشهرهما وبه قال ابن شريح وابن الوكيل
والاصطخري « رح » أن فيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يبرأ وبه قال علماؤنا لقوله يرتد
المسلمون عند شروطهم .

ويروى ذلك عن ابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وثانيها أنه لا يبرأ عن
عيب وبه قال أحمد « رح » في رواية ، وعنه يبرأ عما لا يعلمه دون ما يعلمه ، وثالثها
وهو الأصح .

ويروى عن مالك « رح » أنه لا يبرأ في غير الحيوان ويبرأ في الحيوان عما لا يعلمه
دون ما يعلمه لما روي أن ابن عمر رضي الله عنهما باع عبداً من زيد بن ثابت رضي الله عنه
بشرط البراءة فوجد زيد به عيباً فأراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا إلى عثمان رضي الله
عنه ، فقال عثمان لابن عمر رضي الله عنهما تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده
عليه ، فرق عثمان وزيد بين كون العلم معلوماً وغير معلوم والطريق الثاني وبه قال ابن
خيران وأبو إسحاق رضي الله عنه القطع بالقول الثالث ونصه في المختصر كذا في شرح
الوجيز .

وفي الحلية لو قلنا الشرط باطل فهل يبطل البيع فيه وجهان أظهرهما أنه يبطل (هو)
أى الشافعي رضي الله عنه (يقول إن في الإبراء معنى التملك حتى يرتد بالرد) حتى
أن رب الدين لو أبرأ المدين من دينه فرد المدين إبراءه لم يصح الإبراء وكذا لا يصلح
تعليق الإبراء بالخطر بأن قال أبرأتك عن العيب أو الدين إن فعلت كذا لما فيه من
معنى التملك .

وتمليك المجهول لا يصح ، ولنا أن الجهالة في الإسقاط لا تقضي
إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى
التسليم فلا تكون مفسدة

(وتمليك المجهول لا يصح) كبيع شاة من قطيع غنم (ولنا أن الجهالة في الإسقاط
لا تقضي إلى المنازعة) والإبراء إسقاط لا تمليك حتى يتم بلا قبول لأنه لا يصح تمليك العين
بهذه اللفظة ويصح الإبراء بأسقطت عنك ديني والجهالة فيه لا تقضي إلى المنازعة ، لأن
الجهالة إنما أبطلت التمليكات لقوات التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الإسقاط
فلا يكون يبطله له ، ولهذا جاز طلاق نسائه وإعتاق عبيده وهو لا
يدري عددهم .

(وإن كان في ضمنه التمليك) هذا جواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره أن ذلك لما
فيه من معنى التمليك ضمنا وهو لا يؤثر في فساد ما قلناه لأننا بينا أن محض التمليك لا
يبطل بجهالة (لعدم الحاجة إلى التسليم) لأن السقط الساقط مثلا (فلا تكون مفسدة)
كما إذا باع فقير آمن صبرة .

فإن قلت في الجامع الصغير في كتاب الهبة إذا قال من له على آخر ألف درهم إذا جاء
غدا فأنت منها بريء فهو باطل فلا يصح تمليك المجهول . قلت إنما يصح التعليق فيه
لأنه إنما يصح في الإسقاط المحض لا في إسقاطه فيه معنى التمليك .

فإن قلت إذا قال أبرأتك يصح وإذا قال أبرأت أحدكما لا يصح فظهر الفرق بين
المعلوم والمجهول قلت أبرأت أحدكما يصح أيضاً عند بعض أصحابنا « رح » ويحيز على
التميين . كذا في الاسرار ، ولئن سلمنا أنه لا يصح إنما لم يصح لأن من له الحق مجهول لا
لأن الحق مجهول ، ألا ترى إلى من قال لفلان على شيء يصح ، ولو قال لفلان علي ألف
درهم لا يصح ولا يلزم على هذا ما إذا قال لامرأته إحداكن طالق ، لأن الطلاق بعد
وقوعه يكون حقا لله تعالى وهو معلوم والدليل على أن الحق لله تعالى أنهما لو تراضيا على
إسقاطه لا يصح .

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف «رح» ، وقال محمد «رح» لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر «رح» لأن البراءة تتناول الثابت ، ولأبي يوسف «رح» أن الغرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث .

(ويدخل في هذه البراءة) إنما قال في هذه البراءة احترازاً عن البراءة التي شرطها البائع في قوله بعته على أني بريء من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع كذا في الإيضاح وغيره (العيب الموجود) فيه وقت العقد (والحادث) أي ويدخل العيب الحادث فيه (قبل القبض في قول أبي يوسف «رح») أي في ظاهر الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة أيضاً .

(وقال محمد «رح» لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر «رح») والحسن والشافعي ومالك وأبي يوسف «رح» وفي رواية (لأن البراءة تتناول الثابت) فتتصرف إلى الموجود عند العقد (ولأبي يوسف «رح» أن الغرض إلزام العقد) أي أن المقصود من البراءة إلزام العقد (بإسقاط حقه) أي حق المشتري (عن صفة السلامة) أي سلامة البيع (وذلك) أي التزام العقد يكون (بالبراءة عن الموجود والحادث) جميعاً .

وذكر الكرخي «رح» في مختصره فان قال البائع أبيعك على أني بريء من كل عيب به لم يدخل في البراءة العيب الحادث في جميع الروايات عن أبي يوسف ومحمد «رح» ووجهه أنه لما قال به خص الموجود بالبراءة ولم يتجاوز غيره ، وروي عن أبي يوسف «رح» أنه لو شرط في العقد البراءة من العيوب التي تحدث فسد البيع .

وفي الخلاصة ولو تبرأ البائع من كل عيب يدخل فيه العيوب والادواء ، فإن تبرأ من كل داء فهو على المرض ولا يدخل فيه الكمي ولا الإصبع الزائدة ولا أثر قرح قد برأ ، وعن أبي حنيفة «رح» الداء هو المرض الذي في الجوف من طحال أو كبد أو نحو ذلك .

وفي الخلاصة أيضاً رجل باع عبداً أو جارية وقال أنا بريء من كل داء ولم يقل من كل عيب فإنه لا يبرأ عن الميوب لأن الداء يدخل في الميوب ، أما العيب لا يدخل في الداء ، ولو قال المشتري الجارية برئت إليك من كل عيب بمعناها ، فإذا هي عوراء لا تبرأ ، وكذا لو قال برئت إليك من كل عيب بيدها وهي مقطوعة اليد لأن البراءة عن عيب اليد والمعين يكون حال قيام اليد والمعين لا حال عدمها .

وفي شرح الطحاوي ولو اختلفا في العيب في أنه موجود وقت العقد أم لا فقال المشتري هو حادث فلم يدخل في البراءة ، وقال البائع كان موجوداً يدخل في البراءة ، فعلى قول أبي يوسف « رح » لا فائدة في الاختلاف لأنه لا يبرأ عنهما جميعاً عنده وإنها هو على قول محمد « رح » فعلى قوله القول قول البائع مع يمينه أنه حادث وعند زفر « رح » القول للمشتري .



باب البيع الفاسد

وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير ، وكذا إذا كان غير مملوك كالحر ،

(باب البيع الفاسد)

أي هذا باب في بيان أحكام الفاسد ولقب الباب بالفاسد ، وإن كان مشتملاً عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتمدد أسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحاً أصلاً ووصفاً والفاسد هو ما لا يصح وصفاً وكل ما أورث خللاً في ركن للبيع فهو مبطل ، وما أورثه في غيره كالتسليم والتسليم الواجبين به والانتفاع المقصود منه والاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد .

وحاصل الكلام الباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه لانتفاء ركنه ومحلّه يقال بطل اللحم إذا برد/ وسوس بحيث لا ينتفع به ، والفاسد ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه ويثبت به الملك إذا اتصل به القبض ، يقال فسد اللحم إذا صار ذاتين بحيث يمكن الانتفاع به ، والمكروه ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولكن جاوزه شيء آخر منهبي عنه على هذا تفضل المسائل المذكورة في الكتاب .

(وإذا كان أحد العوضين) المبيع والتمن (أو كلاهما) أى أو كان كلاهما (محرماً) فالبيع فاسد كالبيع بالميتة (والميتة في اللغة هو الذي مات حتف أنفه ، وإنها قيدت باللغة لنخرج المحتوفة وأمثالها ، فإن ذلك عند من ليس له دين سماوي بمنزلة الذبيحة عندنا ، ولهذا إذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ، ذكره المصنف « رح » في التجنيس ، وإن كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف أنفه ، فإن بيعه فيما بينهم لا يجوز ، ولأنها ليست بمال عندهم ، فعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومته في بيعات المسلمين وغيرهم . (والدم والخنزير والخمر ، وكذا إذا كان غير مملوك كالحر) هذا كله لفظ القدوري

قال العبد الضعيف «رح» ، هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى ، فنقول البيع بالميتة والسم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ، فإن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد ، والبيع بالتمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض

«رح» في مختصره ، ولهذا (قال العبد الضعيف) أى المصنف «رح» (هذه فصول جمعها) أى القدوري «رح» (وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل ، وكذا بالحر) أى وكذا البيع بالحر (لانعدام ركن البيع وهو) أى ركن البيع (مبادلة المال بالمال ، فإن هذه الأشياء) أى الميتة والدم والخنزير والتمر والحر (لا تعد مالا عند أحد) فمن له دين سماوي لأن الذي ليس له دين سماوي كالجهاد فلا يعتبر .

(والبيع بالتمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض) وهما من أعز الأموال عند أهل الذمة ، وفي المبسوط البيوع بالتمر عندنا يوجب الملك بالقبض ، فإن عمل المقدم المالية في البدلين وبتخمير العصير لا تنعدم المالية وإنما ينعدم التقويم شرعاً ، فإن المالية تكون منتقماً بها وقد أثبت الله تعالى ذلك في التمر بقوله ﴿ ومنافع للناس ﴾ آية ٢١٩ البقرة ويفيد الملك البيع بها إذا اتصل القبض بإذن البائع صريحاً أو دلالة بأن يقبضه المشتري عقيب البيع ، ولأنها البائع والفرق بين الفصلين ، أعني كون البيع بالدم والميتة باطلاً وبالتمر والخنزير فاسداً إن الباطل لا يفيد الملك وإن اتصل به القبض والفاقد يفيد كما ذكرنا الآن .

وفائدة هذا أنه لو كان المشتري عبداً فأعتقه المشتري بعد القبض لا ينفذ في الأول وينفذ في الثاني ، ولو جاء مستحق فاستحق على المشتري لا خصومة بين المستحق وبين المشتري في الأول ، وفي الثاني يكون المشتري خصماً حتى يستمع البينة عليه ، لأنه ملكه .

وبالباطل لا يفيد ملك التصرف ، ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه
يكون أمانة عند بعض المشايخ « رح » ، لأن العقد غير معتبر فبقي
القبض بإذن المالك ، وعند البعض يكون مضموناً لأنه لا يكون
أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء ، وقيل الأول قول أبي حنيفة
« رح » ، والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدير

ثم إذا لم يعد الملك في الوجه الأول هل يصير المقبوض مضموناً عليه بالقبض أم لا ،
اختلف المشايخ « رح » فيه ، أشار إلى بيانه المصنف « رح » بقوله (والباطل لا يفيد
ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه) أى في البيع الباطل (يكون أمانة
عند بعض المشايخ « رح ») أراد به الشيخ أبانصر أحمد بن علي الطواديسي وهو استاذ شيخ
الإسلام أبي بكر المعروف بخواهر زاده « رح » فإنه قال هو أمانة وليس بمضمون وهو
رواية الحسن « رح » عن أبي حنيفة « رح » ، وإليه ذهب الشيخ أبو سهيل ^(١) الشرعي
(لأن العقد غير معتبر) لكونه باطلاً (فبقي القبض بإذن المالك) فتكون أمانة ، وكذا
البيع بالبول باطل وكذا بيع المحرم للصيد ، لأن صيد البر حرام على المحرم كاللينة ،
فيكون بيعه باطلاً .

(وعند البعض) أراد به شمس الأئمة السرخسي « رح » وروى ابن سماعة عن محمد
« رح » أنه يكون مضموناً كما قال به البعض (يكون مضموناً لأنه لا يكون أدنى حالاً
من المقبوض على سوم الشراء) فذاك مضمون فكذا هذا والمضمون بالقيمة أو بالمثل وبه
قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » وصورة المقبوض على سوم الشراء هو أن يسمى الثمن
فيقول اذهب بهذا فان رضيت اشتريته بعشرة ، أما إذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك
عنده لا يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث « رح » في الميونة .

(وقيل) قاله محمد بن سلمة البلخي « رح » (الأول قول أبي حنيفة « رح » ، والثاني
قولهما) أى قول أبي يوسف ومحمد « رح » (كما في بيع أم الولد والمدير) يعني إذا هلك

(١) أبو الحسن - هامش .

على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، والفاقد يفيد الملك عند اتصال القبض به ، ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه ، وفيه خلاف الشافعي « رح » ، وسنبينه بعد هذا إن شاء الله ، وكذا بيع الميتة والدم والخمر باطل لأنها ليست أموالاً فلا تكون محلاً للبيع ، وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدرهم والبنائير فالباع

عند المشتري فهو على هذا الخلاف (على ما نبينه إن شاء الله تعالى) يعني في بابه . (والفاقد يفيد الملك عند اتصال القبض به) أى بالبيع الفاسد يعني إذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات بملكه (ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه) أى في البيع الفاسد والضمان بالقيمة أو بالمثل .

قال مشايخ العراق إن المشتري شراء فاسداً يملك التصرف فيه باعتبار تسليط البائع على ذلك لا باعتبار تملك العين ، بدليل عدم جواز وطء الجارية مشتراة شراء فاسداً ، وكذا لا يحل أكل طعام اشتراه شراء فاسداً وذهب مشايخ بلخ « رح » إلى أن جواز التصرف بناء على ملك العين ، واستدلوا بما إذا اشترى داراً بشراء فاسد وقبضها فبيع يحنبها دار للمشتري له أن يأخذها بالشفعة لنفسه ، وكذا لو رد المشتري الجارية المشتراة شراء فاسداً يجب على البائع استبراؤها ولو أعتق المشتري العبد المشتري شراء فاسداً من الأب أو الوصي جاز عتقه ، ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز ، لأن عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز ، فعلم بهذه الأحكام أنه يملك العين (وفيه) أى وفي كون البيع مضموناً في يد المشتري في البيع الفاسد (خلاف الشافعي رضي الله عنه) فعنده ليس بمضمون ، وبه قال مالك وأحمد « رح » ، (وسنبينه إن شاء الله تعالى بعد هذا) أي في أول الفصل الذي يلي هذا الباب ، وفي بعض النسخ وسنبينه بعد إن شاء الله تعالى .

(وكذا بيع الميتة والدم والخمر باطل لأنها ليست أموالاً فلا تكون محلاً للبيع ، وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين) أى بما يجب في الذمة (كالدرهم والبنائير

باطل ، وإن كان قبيل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله ، وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل الذمة ، إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانتته وترك إعزازه وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزازاً له ، وهذا لأنه متى اشتراها بالدرهم فالدرهم غير مقصودة لكونها وسيلة ، لما أنها تجب في الذمة ، وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلاً بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه إعزاز الثوب دون الخمر ، فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر ، وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء

فالبيع باطل ، وإن كان قبيل بعين (مثل ثوب مثلاً) فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله (وهو الثوب) وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير (كلمة إن واصله بما قبلها .) (ووجه الفرق) بين الصورتين (أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه) أي أن كل واحد منهما (غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانتته وترك إعزازه ، وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزازاً له) أي في جعله مبيعاً إعزازاً له وهو خلاف الأمور به ، وأوضح ذلك بقوله (وهذا لأنه متى اشتراها بالدرهم فالدرهم غير مقصودة لكونها وسيلة) إلى تحصيل الخمر أو الخنزير (لما أنها) أي أن الدرهم (تجب في الذمة ، وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلاً) لئلا يفضي إلى خلاف الأمور به .

(بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر ، لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر ، وفيه إعزاز الثوب دون الخمر ، فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر ، وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة) أي لكون البيع مقايضة وهو

الثوب بالخمر لكونه مقايضة . قال ويبيع أم الولد والمدبر والمكاتب
فاسد ومعناه باطل ، لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه
السلام أعتقها ولدها ولسبب الحرية قد انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان
الأهلية بعد الموت ،

بيع العرض بالعرض ، والعرض هو المتاع القيمي كائناً ما كان وفي الجمل بفيض المثل .
ويجوز أن يقال على هذا إنما سمي هذا النوع من البيع مقايضة لأن العرض بمثل العرض
في العينة ، ويقال هما قبضان أى متساويان فإن قلت في هذا تعبير للعقد لأن العاقد قد
جمل الخمر مبيعاً بدلالة الباقي الثوب ، وفي هذا يصير ثماً فيكون تعبيراً ، قلت التعبير
أهون من البطلان فلو لم يجعل كذلك يبطل مع إن المقايضة تصلح أن يكون كل واحد
ثماً وثمرتاً فلا يلزم التعبير .

(قال) أي القدوري « رح » (ويبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل ،
لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله ﷺ) أى لقول النبي ﷺ (أعتقها ولدها)
هذا رواه ابن عباس رضي الله عنهما ، قال ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله ﷺ ، فقال
أعتقها ولدها رواه ابن ماجة والدارقطني ، وابراهيم ابن النبي ﷺ من مارية القبطية ،
وهذا حجة على بشر وداود « رح » في تجويزهما بيعهما ولفظ الحديث يوجب الإعتاق
الحقيقي ، لكن حمل على حق العتق .

وفي شرح الجمع والمجاز ، مراد في هذا اللفظ بالإجماع (ولسبب الحرية قد انعقد في
حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت) أعتبر التدبير سبباً في الحال على خلاف
سائر التعليقات ، فإن فيها الشرط مانعاً لانعقاده سبباً في الحال ، لأن بعد الموت حال
لبطلان الأهلية ، فمتى قلنا أنه ينعقد سبباً بعد الموت ، إحتجنا إلى بقاء الأهلية والموت
ينافي الأهلية ، فدعت الضرورة إلى القول بانعقاده سبباً في الحال ، فتأخر الحكم إلى ما
بعد الموت ، فصار طريقه طريق الوصية ، فإن الوصية تنعقد سبباً في الحال للخلافة بعد
الموت ، وإذا ثبت القول بانعقاده سبباً في البيع ، إمتنع البيع كذا في الإيضاح

والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى . ولو ثبت
الملك بالبيع ، لبطل ذلك كله ، فلا يجوز ، ولو رضي المكاتب بالبيع
ففيه روايتان والأظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد ،

(والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى) بدليل أن المولى لا يملك فسخ
الكتابة بدون رضا المكاتب ، إنما قال لازمة في حق المولى لأنه غير لازمة في حق المكاتب
بقدرته على فسخ الكتابة .

(ولو ثبت الملك بالبيع) أى بيع المكاتب (لبطل ذلك كله) أى لبطل إستحقاق
اليد اللازمة (فلا يجوز) وقال الأتزازي « رح » قوله لبطل ذلك كله ، أى لو صح بيع
هؤلاء لبطل ما قلنا من المعاني وهي إستحقاق أم الولد العتق ، وانعقاد سبب الحرية للمدبر
في الحال وإستحقاق المكاتب يداً على نفسه لازمة في حق المولى فلم يحز بيعهم ، لثلاث بطل
هذه المعاني إنتهى كلامه ، ولهذا لو حلف لا يبيع فباع هؤلاء لا يحنث ذكره في جامع
المحبوبي (ولو رضي المكاتب بالبيع) أى ببيع نفسه (ففيه) أى في جوازه (روايتان
والأظهر الجواز) لأن عدمه كان لحقه فلما أسقط حقه برضاه ، إنفسخت الكتابة
وجاز البيع .

وروي في النوادر أنه لا يجوز ، وللشافعي في بيع المكاتب قولان أصحابها أنه لا
يجوز به ، قال مالك وأحمد رضي الله عنهما ، وقال في القديم يجوز (والمراد المدبر) أى
المدبر الذى لا يجوز بيعه هو (المطلق) وهو الذى علق عتقه بالموت من غير تعرض نصفه ،
كقوله أنت حر بعد موتى أو إن مت فأنت حر (دون المقيد) أى دون المدبر المقيد
مثل قوله إذا قدمت من سفري هذا فأنت حر وإن مت من مرضي هذا فأنت حر وبيع
المدبر المقيد بالإجماع .

وروى الكرخي « رح » عن زيد بن ثابت « رح » . وابن عمر وشريح وسعيد بن
المسيب والشعبي وإبراهيم وعطاء وابن سيرين « رح » أنهم قالوا لا يباع المدبر إلا من نفسه
وهو قول أصحابنا وسفيان الثوري ومالك « رح » .

وفي المطلق خلاف الشافعي «رح» وقد ذكرناه في العتاق،
قال وإن ماتت أم الولد والمدير في يد المشتري، فلا ضمان
عليه عند أبي حنيفة «رح» وقالوا عليه قيمتهما، وهو رواية عنه لما
أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال، وهذا

(وفي المطلق) أي في المدير المطلق (خلاف الشافعي «رح» وقد ذكرناه في العتاق)
وعند الشافعي «رح» وأحمد وإسحاق «رح» يجوز بيع المدير، لما روي أن رسول الله
ﷺ باع المدير، وجوابه ما رواه محمد بن الحسن «رح» في الأصل عن أبي جعفر «رح»،
أن رسول الله ﷺ إنما باع خدمة المدير ولم يبيع رقبته أو بقوله المراد منه
المدير المقيد.

(قال وإن ماتت أم الولد والمدير في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة
«رح») صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة «رح» فيمن باع
أم ولده أو مدبره له فماتت في يد المشتري قال لا ضمان عليه .

(وقالوا) أي أبي يوسف ومحمد «رح» (عليه) أي على المشتري (قيمتهما وهو
رواية عنه) أي قولهما رواية عن أبي حنيفة «رح» وهذا هو المعلوم من ظاهر كلام
المصنف وقال الأكل «رح» هذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدير،
روى المعلى عن أبي حنيفة «رح» أنه يضمن قيمة المدير بالبيع كما يضمن بالغصب وأما
في حق أم الولد فانتقلت الروايات عن أبي حنيفة «رح» أنه لا يضمن بالبيع والغصب
لأنه لا يقوم لما ليها قلت هذا من كلام السفناقي «رح» نقله الأكل وقال الأترازي «رح»،
قال بعضهم في شرحه فالروايتان عن أبي حنيفة «رح» في حق المدير إلى آخر ما ذكره
الأكل وأراد الأترازي بقوله قال بعضهم السفناقي «رح» .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» (أنه) أي أن كل واحد من المدير وأم الولد
(مقبوض بجهة البيع) لأنهما يدخلان تحت العقد وما هو كذلك (فيكون مضموناً
عليه) بالقيمة (كسائر الأموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) إشارة إلى كونهما

لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيع بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض، وهذا الضمان بالقبض فله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع، فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما. وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما، فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده، وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه

مقبوضين بجهة البيع (لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع) وأوضح ذلك بقوله (حتى يملك ما يضم إليهما في البيع) بأن جمع بين قن وبين أحدهما وسمى الثمن صح البيع في القن بحصته من الثمن (بخلاف المكاتب) جواب عما يقال لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم إليه موجبان للضمان لكان في المكاتب كذلك وتقرير الجواب أن المكاتب يخالفه (لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حق القبض وهذا الضمان بالقبض) أي بالقبض وبحقيقته أن المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضموم .

(وله) أي لأبي حنيفة (أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته) أي بحقيقة البيع (في محل يقبل الحقيقة) أي حقيقة حكم البيع وهو الملك (وهما) أي أم الولد والمدبر (لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب) في كونه غير قابل للحقيقة أي لحقيقة البيع وهو الملك (وليس دخولهما في البيع) هذا جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع وتقريره أنه ليس دخول أم الولد والمدبر في البيع (في حق أنفسهما) لذاتهما بل ليفيد حكم البيع في المضموم إليهما وهو معنى قوله .

(وإنما ذلك) أي دخولهما في البيع (ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما ، فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده) يعني لو اشترى مال نفسه لا يجوز (وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه) أي فيما ضمه المشتري إلى عقده بأن باع عبده مع عبد البائع

كذا هذا ، قال ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد لأنه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير مقدور التسليم ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز

فاشتراهما المشتري دخل في البيع ليفيد الحكم في مال البائع حق انقسم الثمن عليهما فصح البيع في مال البائع بحصته من الثمن .

(كذا هذا) أي كذلك الحكم فيما نحن فيه يعني ثبت حكم الدخول في البيع في حق المضمون إليه وهو القن لا في حكم أم الولد والمدبر ، ثم اعلم أن قيمة المدبر ما إذا فيه اختلاف المشايخ . قال في الفتاوى الصغرى قال بعضهم تمام قيمة القن وهذا غير سديد فإنه ذكر في المسألة يضمن ما نقصه التدبير ، وذكر الإمام علي السعدي في فوائده قيمته ثلثا قيمة القن وذكر خواهر زادة « رح » قال بعضهم نصف قيمة القن وهكذا في فتاوى أبي الليث « رح » ، وبه يفتى ، وبعضهم قالوا قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحرز والقن ، وما قال خواهر زادة هو الأصح ، وعليه الفتوى إلى ها هنا كلام الفتاوى الصغرى .

(قال) أي القدوري ، رح » (ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد لأنه باع ما لا يملكه) ولا خلاف فيه بين الأئمة الأربعة « رح » (ولا في حظيرة) أي ولا يجوز بيعه أيضاً في حظيرة كالخوض والبركة (إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير مقدور التسليم) وفي الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » فيمن باع سمكة في حظيرة ولا يسقط إن يخبر من منها ، غير أنهم لا يؤخذون بغير صيد فالبيع فاسد ، وإن كن يؤخذون بغير صيد فالبيع جائز ، والمشتري بالخيار إذا راهن .

قال فخر الإسلام معنى المسألة إذا كان البائع أخذها ثم ألقاها في حظيرة ماء فكانت ملكاً له يعني معنى قول محمد « رح » يجوز بيع السمك إذا كانت تؤخذ من غير صيد صح البيع لأنه باع ما يملكه وإليه أشار المصنف « رح » بقوله (ومعناه إذا أخذه) أي السمك (ثم ألقاه فيها) أي في الحظيرة .

(ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز) وقال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع

إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك، قال ولا
بيع الطير في الهواء لأنه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله في يده

الصغير ذكر محمد بن الحسن « رح » في المسائل الرقبات لو أن رجلاً اتخذ حظيرة في
أرضه فدخل واجتمع فيه السمك فقد ملك السمك وليس لأحد أن يأخذه ، ولو اتخذ
لحاجة أخرى ، فمن اتخذ السمك فهو له .

قال وكذلك الرجل حفر في أرضه حفيرة فوقع صيد فتكسر فإن اتخذ ذلك الموضع
للصيد فهو له ، وقد ملكه ذلك للصيد إلا فهو لمن أخذه (إلا إذا اجتمعت) استثناء من
قوله جاز يعني لا يجوز بيع السمك إذا اجتمعت (فيها) أى في الحظيرة (بأنفسها) من
غير اصطیاد لها ، فإذا اجتمعت فيها باحتیال يجوز بيعها إذا كانت تؤخذ بغير صيد (ولم
يسد عليها المدخل) أى موضع دخول الماء ، وقيد به لأنه لو سد موضع الدخول حتى
صار بحيث لا يقدر على الخروج فقد صار أخذاً له بمنزلة ما لو وقع في شبكة فيجوز بيعه ،
وإن لم يفعل ذلك لم يحز بيعه (لعدم الملك) وصحة البيع بناء على صحة الملك .

وقال الأكمل هذا الاستثناء منقطع لكونه مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة ،
والاجتماع فيه بنفسه ليس بداخل فيه ، وفيه إشارة إلى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها
ملكها أما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا ، كما لو باض الطير في أرض إنسان أو خرجت ،
فإنه لا يملك لعدم الإحراز ، ولا يشكل بما إذا غسل النحل في أرضه فإنه يملك بمجرد
اتصاله بملكه من غير أن يحتترزه أو يبيء له موضعاً ، لأن الغسل إذاً قائم بأرضه على
وجه القرار فصار كالشجرة الثابت فيها بخلاف بيض الطير ، وفرخها والسمك المجتمع
بنفسها فإنها ليست على وجه القرار .

وفي الحلية وحكي عن عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى « رح » جاز بيع السمك في
بركة عظيمة وإن اجتبع إلى موته كثيرة ، وحكى أبو العباس هذا قول الشافعي
رضي الله عنه .

(قال) أى القدورى (ولا بيع الطير في الهواء) وفي بعض النسخ ولا يجوز بيع
الطير في الهواء (لأنه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله من يده) أى ولو كان الطير

لأنه غير مقدور التسليم . ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهى رسول الله
ﷺ عن بيع الحبل وحبل الحبل

لأحد وأرسله من يده أو انتقلت منه فلا يجوز أيضاً وعلى الصورة بقوله (لأنه غير مقدور التسليم) والحاصل أن بيع الطير على ثلاثة أوجه ، الأول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده ، والثاني بيعه بعد أخذه وأرسله من يده ، والثالث بيع طير يذهب ويحيى كالحمام فالكل لا يجوز .

وذكر في فتاوى قاضي خان وإن باع طيراً لدى الهواء إن كان ذا جناح يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه ، وإلا فلا وقال الاترازي « رح » وكان صاحب الهداية اختار هذا حيث قال قريباً من ورقة ، والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمه لما جاز بيعها لأنه مقدور التسليم .

(ولا بيع الحمل) أى الجنين (ولا النتاج) أى ولا بيع النتاج وهو حبل الحبل (لنهى رسول الله ﷺ عن بيع الحبل وحبل الحبل) هذا غريب بهذه اللفظة وفيه أحاديث ، روى عبد الرزاق « رح » في مصنفه ، أخبرنا محمود بن عيينة « رح » عن أيوب عن سعيد بن جبير « رح » عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ ، أنه نهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبل ، قال والمضامين ما في أصلاب الابل ، والملاقيح ما في بطونها وحبل الحبل وله ولد هذه الناقة .

وروى الطبراني في معجمه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ، أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبل ، ورواه البزار « رح » مرفوعاً نحوه عن أبي هريرة « رح » وأخرجت الستة من حديث نافع عن ابن عمر « رح » ، أن النبي ﷺ نهى عن بيع حبل الحبل والحبل بفتح الباء الموحدة يطلق ويراد به المصدر ويراد به الاسم ، كما يقال له الحمل أيضاً ، وأما دخول تاء التانيث في الحبل فقال عبيد « رح » في غريب الحديث إنما دخلت عليه للاشعار بالأنوثة فيه ، وقيل إن الهاء فيه للمبالغة كما في سفره .

وقال شيخنا في شرح الترمذى ، ويحتمل أن يكون جمع حابلة ، فقد حكى صاحب الحكم امرأة حابلة من نسوة حبل ، وروى بعض الفقهاء حبله بكسر الباء ولم يثبت ،

ولأن فيه غرراً ، قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه
إنتفاخ ولأنه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد ، فيختلط المبيع
بغيره ، قال ولا الصوف على ظهر الغنم لأنه من أوصاف الحيوان ،
ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره ، بخلاف القوائم لأنها

(ولأن فيه غرراً) أي ولأن في بيع الحمل والنتاج غرراً أي خطر الذي لا يدري
ليكون أم لا (ولا اللبن) يجوز بالرفع والجر على حذف المضاف وإثباته تقديرأ ، أي لا
يجوز بيع اللبن (في الضرع) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » وقال مالك يجوز أياماً
معلومة إذا عرف قدر حلايها ، ويكون التسليم بالتخلية كالثمار على رؤوس الشجر .

وقال الحسن البصري « رح » يجوز في الزمان المعروف لإمكان تسليمه ، وعلل
المصنف « رح » عدم جوازه بوجوه ثلاثة ، الأول قوله (للغرر) وقد نهى عن الغرر
(فعساه انتفاخ) أي فعل الضرع منتفخ فيظن لبناً وهو الغرور .

والثاني وهو قوله (ولأنه) أي ولأن المشتري (ينازع) في صيغة المجهول (في كيفية
الحلب) فإن المشتري يستقضي في الحلب والبائع ينازعه ويطلبه بأن يترك
أوعية اللبن .

والثالث هو قوله (وربما يزداد) اللبن ساعة فساعة (فيختلط المبيع بغيره) على
وجه يتعذر تمييزه ويبطل البيع ، (ولا الصوف) أي ولا يجوز بيع الصوف حال كونه
(على ظهر الغنم) وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك والليث بن سعد « رح » يجوز بشرط
الجر لإمكان تسليمه (لأنه من أوصاف الحيوان) جعل الصوف وصفاً لأنه تبع للحيوان
فلما كان تبعاً لم يحز جملة مقصوداً بإيراد العقد عليه .

(ولأنه) أي ولأن الصوف (ينبت من أسفل) بالضم على البناء لأنه أحد الجهات
الست (فيختلط المبيع بغيره) لأنه يزداد ساعة فساعة (بخلاف القوائم) هذا جواب عما
يقال القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها ، فأجاب بقوله بخلاف القوائم أي القوائم الخلف ،
(لأنها تزيد من أعلى) فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطاً في أعلاها وتركها أياماً

تزيد من أعلى ، وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه ، والقطع في
الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع ، وقد صح أنه نهى
عن بيع الصوف على ظهر الغنم ، وعن لبن في ضرع وسمن في لبن

يبقى الحيط أسفل مما في رأسها الآن ، وإلا على ملك المشتري ، وما وقع من الزيادة وقع
على ملكه ، وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يقول الصحيح عندي إن بيع
قوائم الخلاف لا يجوز ، وإن كان ينمو من أعلاه لموضع القطع مجهول .

(وبخلاف القصيل) هذا أيضاً جواب عما يقال القصيل ، كالصوف وجاز بيعه ،
فأجاب بخلاف القصيل فإن بيعه يجوز ، (لأنه يمكن قلعه) يعني إن أمكن وقوع التنازع
فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقطع ، وفي الفتاوى الصغرى وبيع
الكراث يجوز وإن كان ينمو من أسفله للتعامل (والقطع في الصوف متعين) يريد بهذا
بيان الفرق بين بيع الصوف على ظهر الشاة وبين بيع القصيل ، يعني أن بيع القصيل
يجوز لأن القلع فيه معتاد كالقطع فلا يقع التنازع في موضع القطع لا محالة ، والقطع في
الصوف متعين معتاد بين الناس والقلع فيه وهو تنقه ليس بمعتود بين الناس (فيقع التنازع
في موضع القطع) .

فلا يجوز بحالته موضع القطع (وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف
على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن) روى هذا الحديث موقوفاً ومرفوعاً
ومسنداً ومرسلاً فالمرفوع المسند رواه الطبراني في معجمه حدثنا عثمان بن عمر الضبي
حدثنا حفص بن عمر النحوي حدثنا عمر بن فروخ حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة
عن ابن عباس « رح » قد نهى رسول الله ﷺ أن يباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على
ظهر ولا لبن في ضرع .

وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننها عن عمر بن فروخ وقال الدارقطني « رح »
وأرسله وكيع عن عمر بن فروخ ثم أخرجه عن وكيع عن عمر بن فروخ مرسلاً لم يذكر
ابن عباس « رح » وقال البيهقي تفرد به معه عمر بن فروخ وليس ما يقوي فقلت نقل
الذهبي قوهين عمر بن فروخ عن أبي داود وابن معين وأبي حاتم وأما المرسل فرواه أبو داود

وهو حجة على أبي يوسف في هذا الصوف ، حيث جوز بيعه ، فيما يروى عنه قال وجذع في السقف وذراع من ثوب ذكر القطع أولم يذكره ، لانه لا يمكن تسليمه إلا بضرر بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة ، فضة لأنه

في مراسيله عن محمد بن العلا عن ابن المبارك عن عمر بن فروخ عن عكرمة عن النبي ﷺ ولم يذكر ابن عباس « رح » ولا حبيب بن الزبير .

ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه لسنده عن عكرمة عن النبي ﷺ أنه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن (وهو حجة) أي الحديث المذكور حجة (على أبي يوسف في هذا الصوف) أي في الصوف على ظهر الغنم وإنما قيد بقوله في هذا الصوف احترازاً عن الصوف المجذوذ فإنه يجوز بيعه على جميع الروايات (حيث جوز بيعه فيما يروى عنه) أي حيث جوز أبو يوسف « رح » بيع الصوف على ظهر الغنم فيما يروى عنه من ذلك ووجهه أنه باع مالاً منتفعاً به مقدرة التسليم في الحال وذكر محمد « رح » في الصلح لو صالح على صوف على ظهر الغنم جاز لأنه مستباح الأخذ منه قبل الذبح فجاز بيعه والصلح فيه كالفصل في الأرض .

(قال) أي القدوري (وجذع في السقف وذراع من ثوب) يجوز الرفع والجرح في إعراب الجذع والذراع على ما تقدم أي لا يجوز بيع جذع حال كونه في سقف ولا بيع ذراع من ثوب والمراد به ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص والسرّاويل أما في الثوب الذي لا يضره القطع يجوز بيع ذراع منه كالكرباس ويجوز بيع قفيز من صبرة كذا ذكره الامام المحبوبي وفي الإيضاح وكذا لو باع حلية من سيف لأنه لا يتخلص إلا بضرر أو نصف ذراع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه .

وكذا لو باع ما نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وكذا لو باع ذراعاً من خشبه (ذكر القطع أو لم يذكره) يعني سواء ذكر موضع القطع من الثوب أو لم يذكره (لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر) لا يقال إنه رضي بهذا الضرر حيث التزم ذلك لأن التزامه بدون العقد غير معتبر والعقد لم يوجب عليه (بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه

لا ضرر في تبغيضه ولو لم يكن معيناً لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضاً
ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري ، يعود
صحيحاً لزوال المفسد بخلاف ما إذا باع النوى في التمر والبذر ، في
البطيخ حيث لا يكون صحيحاً وإن شقها وأخرج المبيع لأن في
وجودهما احتمالاً ، أما الجذع فعين موجود .

لا ضرر في تبغيضه (أى الجذع أو الذراع) ولو لم يكن معيناً لا يجوز لما ذكرنا) وهو
أنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر .

(وللجهالة أيضاً) أى ولجهالة المبيع أيضاً ، ولا خلاف لأحد أن جهالة المبيع
يمنع الجواز (ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري) البيع (يعود)
البيع (صحيحاً لزوال المفسد) فزال المانع (بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو
البذر) أى أو باع للبذر لأن في وجودهما احتمالاً ، أى في وجود (في البطيخ حيث لا
يكون صحيحاً وإن شقها) أى التمر والبطيخ (وأخرج المبيع) وهو النوى أو البذر
(لأن في وجودهما احتمالاً) أى في وجود النوى في التمر والبذر في البطيخ ، احتمالاً يعني
يجوز أن يكون في زمان البيع .

(أما الجذع فعين موجود) ومحسوس ولا احتمال فيه ، وفيه إشارة إلى تمام الفرق
بين البذر والنوى والجذع المعين في السقف فان الجذع معين موجود إذ الفرض فيه والبذر
والنوى ليس كذلك والبذر يكسر الباء وفتحها بزر البقل وغيره .

فان قيل إذا باع جلد الشاة المعنية قبل الذبح لا يجوز ، ولو ذبح الشاة وبلغ جلدوها
وسلمه لا ينقلب المبيع جائزاً ، وإن كان الجلد عيناً موجودة كالجذع في السقف ، وكذا
بيع كرشها وأكارعها .

أجيب بأن البيع وإن كان موجوداً فيه لكنه متصل بغير اتصال خلفه فكان متابعاً
مكان العجز عن التسليم هناك معنى أصلياً لأنه اعتبر عاجزاً حكماً لما فيه من إفساد
شيء غير مستحق بالمقد ، وأما العجز فانه عين مال نفسه وإنما ثبت الإتصال بينه وبين

قال وضربة القانص ، وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة
لأنه مجهول ولأن فيه غرراً ، قال وبيع المزبنة وهو بيع التمر على
النخيل بتمر مجذوذ

غيره يعارض فعل العناد والمعجز عن التسليم حكيم لما فيه من إفساد غير مستحق بالعقد
فاذا أقطع والتزم الضرر زال المانع فيجوز .

(قال) أى القدورى « رح » (وضربة القانص) أى لا يجوز بيع ما يخرج من ضربة
القانص أى الصياد بالشبكة ، ولا خلاف فيه لأحد ، وفسر المصنف ضربة القانص بقوله
(وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غرراً) لأنه يحتمل
أن يحصل بشيء من الضربة ويحتمل أن لا يحصل ، والتابض إسم فاعل من قبض يقبض
قبضا إذا صار من ضرب يضرب ، ورى في تهذيب الأزهري أن النبي ﷺ نهى عن
ضربة القانص بالعين المعجمة ، والباء آخر الحروف وهو الغواص على اللآلي ، وكذلك
ذكر الزنجشري في الفايق وفسر بقوله هي أن يقول للتاجر أعوض عوضه فما أخرجه
فهو لك بكذا وهذا هو الصحيح والمعنى فيها واحد وهو أنه بيع المجهول ولأنه
معدوم في الحال .

(قال) أى القدورى (وبيع المزبنة) وهو عطف على ما ذكر قبل هذا بقوله ولا
يجوز بيع السمك قبل أن يصاد ، وكذا قاله الاترازي « رح » فيه تمسف تقدير ولا يجوز
بيع المزبنة عطفاً على ما قبله ويجوز فيه الرفع والجر أيضاً كما تقدم ، قال الاترازي
بيع الثمر بالثناء المثلثة بثمر مجذوذ بالثناء المثلثة من فوق ، كذا وقع سماعنا مراراً بفرخانه
وبخارى وذلك لأن ما على النخل قد يكون رطباً وقد يكون تمراً إذا جف فقلنا بالمثلثة
حتى بيعها جميعاً ، والثالث من حال المجذوذ أن يكون تمراً فقلنا بالثناء من فوق ولو روي
بالمثلثة فيها حتى يبيعها جميعاً أو بالثناء فيها جميعاً ، فالحكم كذلك لأن بيع المزبنة لا
يجوز كيف ما كان لشبهة الربا سواء كان الرطب بالرطب أو التمر بالتمر أو أحدهما بالآخر.
وفسر المصنف « رح » المزبنة بقوله (وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ)

مثل كيله خرساً لأن النبي ﷺ نهى عن المزينة والمحاكلة . فالمزينة
ما ذكرنا والمحاكلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطه مثل كيلها خرساً

أى مقطوع (مثل كيله خرساً) أى من حيث الخرص وهو نصب على التمييز من مثل
كيله ، يقال خرص النخل خروصاً فيها من باب نصر ينصر كذا في المغرب ، وفسر
القدورى « رح » المزينة بقوله وهو بيع التمر على النخل بخرصه قرأ والمزينة لفة
المدافعة من الزبن وهو الدفع وسمى هذا النوع من البيع بها لأنها تؤدي إلى النزاع
والتدافع لأنها مبنية على التخمين والقين فيها مما لكثير ، فيريد المغبون دفعه والغابن
امضاءه فيتدافعان (لأنه عليه الصلاة والسلام) أى لأن النبي ﷺ (نهى عن المزينة
والمحاكلة) ، روى هذا عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم .

وروى البخارى ومسلم من حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله ﷺ عن
المزينة والمحاكلة ، زاد في مسلم في لفظ ، وعن الثنية إلا أن يعلم ، وأخرجنا أيضاً من
حديث أبي سعيد الخدرى « رح » قال نهى رسول الله ﷺ عن المزينة والمحاكلة ،
والمزينة إشتراء التمر في رؤوس النخل والمحاكلة اكتراء الأرض .

وأخرج البخارى أيضاً من حديث ابن عباس قال « رح » نهى النبي ﷺ عن المحاقلة
والمزينة وأخرج أيضاً من حديث أنس رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة
والمخابرة والملازمة والمتابذة .

وأخرج مسلم من حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن المزينة والمحاكلة وأخرجه
الترمذى أيضاً عن أبي هريرة نحوه .

ثم قال وفي الباب عن ابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وسعد وجابر ورافع بن خديج
وأبي سعيد « رح » ، قلت حديث ابن عمر عند الشيخين ، والثاني وحديث زيد عند الترمذى
وحديث سعيد بن أبي دامة والنسائي وحديث رافع بن خديج عند الستة (فالمزينة ما
ذكرنا ، والمحاكلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرساً) وبه قال الشافعي ،
وأحمد رضي الله عنها ، وقال مالك المحاقلة هي اكتراء الأرض ببعض ما يخرج منها من
الثلث أو الربع أو غيرها .

ولأنه باع مكيلاً بمكيال من جنسه ، فلا يجوز بطريق الحرص
 كما إذا كانا موضوعين على الأرض ، وكذا العنب بالزبيب على هذا ،
 وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز فيما دون خمسة أوسق لأن النبي
 ﷺ نهى عن المزابنة ورخص في العرايا ، وهو أن يباع بخمرها تمراً
 فيما دون خمسة أوسق .

وفي الفائق الجعل القراح من الأرض وهي الطيبة التربة الخالصة من شائب التسج
 الصالحة للزرع ومنه حقل يحقل إذا زرع ، والمحاقلة مفاعلة من ذلك وهي المزارعة بالثلاث
 والربع وغيرها ، وقيل هي أكثر الأرض بالبر وقيل يبيع الطعام في سبيله بالبر ، وقيل
 يبيع الزرع قبل إدراكه إلى ما هنا لفظ الفائق ، وجاء في أمثالهم ينبت البقلة إلا الحلقة
 (ولأنه باع مكيلاً بمكيال من جنسه فلا يجوز بطريق الحرص) لاحتمال الربا (كما لو كانا
 موضوعين على الأرض) وباع أحدهما بالآخر خرصاً (وكذلك العنب بالزبيب) أي
 وكذلك لا يجوز بيع العنب بالزبيب (على هذا) أي على الحكم المذكور وهو ما إذا كانا
 موضوعين على الأرض مبيع أحدهما بالآخر خرصاً لاحتمال الربا (وقال الشافعي رضي
 الله عنه يجوز) أي شراء الثمر بتمر مجذوذ على الأرض خرصاً (فيما دون خمسة أوسق)
 ولا يجوز فيما زاد عليها قولاً واحداً ، وبه قال أحمد « رح » في قدر خمسة أوسق ، له
 قولان في قول يجوز ، وهو منقول المزي عن الشافعي رضي الله تعالى عنه ، وفي قول لا
 يجوز وهو مختار المزي وهو منذهب أحمد « رح » والأول هو الأظهر عند
 صاحب الوجيز .

(لأنه عليه الصلاة والسلام) أي لأن النبي ﷺ (نهى عن المزابنة ورخص في العرايا
 وهو أن يباع بخمرها تمراً فيما دون خمسة أوسق) حديث المزابنة قد تقدم وحديث
 العرايا أخرجه البخاري ومسلم عن داود بن الحصين عن أبي سفيان عن أبي هريرة رضي الله
 عنه ، أن النبي ﷺ رخص في بيع العرايا بخمرها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة

أوسق شك داود ، فقال دون خمسة أوسق والمرايا جمع عريه وهي النخلة التي عريها الرجل محتاجاً أي أن يجعل له ثمرتها فرخص للمعري أن يبتاع ثمرتها من المعري بتمر لموضع حاجته سبب عرية لأنه إذا وهب ثمرتها فكأنه جردها من الثمرة وعراها منه ، ثم اشتق منه الاعراء كذا قاله في الفائق والكلام في المرايا كثير وقد وضع الطحاوي لها باباً ، فقال باب المرايا وقد بسطت الكلام فيها في شرحنا له .

فأول ما قلت العرية فعلية ، بمعنى مفعولة من عراه يعروه إذا قصده ويحتمل أن يكون فعلية ، بمعنى فاعلة من عرى يعمرى إذا خلع ثوبه كأنها عريت من جملة التحريم ، فعريت أي خرجت ، وذكر الطحاوي بطريق مختلفة كلها تدل على صحة المرايا ، حتى قال الطحاوي قد جاءت هذه الآثار عن رسول الله ﷺ وتواترت في الرخصة في بيع المرايا ، فقبلها أهل العلم جميعاً ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكن تنازعوا في تأويلها ، فقال قوم المرايا أن يكون الرجل له نخلة أو نخلتان في وسط النخيل الكثير لرجل آخر وقد كان أهل المدينة إذا كان وقت الثار خرجوا بأهلهم إلى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة أو النخلتين بأهله فيضر ذلك لصاحب النخيل الكثير ، فرخص رسول الله ﷺ لصاحب النخل الكثير أن يعطي لصاحب النخل أو النخلتين بخرصة ماله من ذلك ثمر لينصرف هو وأهله عنه ويخلص تمر الحائط كله لصاحب النخل الكثير فيكون هو وأهله فيه .

وقد روى هذا لقوله عن مالك بن أنس ، قلت وروى أيضاً عن الأوزاعي « رح » وسعيد بن جبير « رح » . وقال قوم مثل هذا ، إلا أنهم خصوا بذلك المساكين يجعل لهم تمر النخل فيصعب عليهم القيام عليها ، فأبيع لهم أن يبيعوه بما شاؤوا من التمر ، وهذا قول سفيان بن حسين وسفيان بن عيينة ، وأحمد بن حنبل « رح » ، وقال قوم العرية الرجل يعري النخلة أو يستثنى من ماله النخلة أو النخلتين أكلها ، فيبيعها بمثل خرصها ، وهو قول عبد العزيز سعيد الانصاري « رح » .

وقال قوم العرية أن يأتي أوان الرطب ، وهنالك قوم فقراء لا مال لهم ويريدون

إبتياح رطب يأكلونه مع الناس ولهم فضول تمر من أموالهم ، فإنه لهم أن يشتروا الرطب بخرصها فيما دون خمسة أوسق ، وهو قول الشافعي رضي الله عنه ، وأبي ثور . ولا عرية عندهما في غير النخلة والعنب ، وقال الطحاوي « رح » وكان أبو حنيفة « رح » يقول فيها سمعت أحمد بن عمران يذكر أنه سمع ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة « رح » قال يعني ذلك عندما أن يعرى الرجل الرجل تمر نخلة من نخلة فلم يسلم ذلك إليه حتى يبدو له ، فرخص له أن يحبس ذلك . ويعطيه مكانه بخرصة تمرأ وكان هذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك « رح » ، لأن العرية إنما هي العطية ، ألا ترى إلى الذى مدح الانصار كيف مدحهم ، إذ يقول :

ليست بسنها ولا رجيبة لكن عرايا في السنين الجوائح

أي إنهم كانوا يعرونها في السنين الجوائح ، فلو كانت العرية كما ذهب إليه مالك إذا لما كانوا ممدوحين بها إذا كانوا يصلحون كما يعطون ، ولكن العرية بخلاف ذلك ، قلت هذا الشعر لسويد بن الصامت من شعر الانصار .

يقال نخلة سنها ، وهي التي تحمل سنه وتحول سنه فلا تحمل ذلك عيب في النخل والرجيبة بضم الراء وفتح الجيم وفتح الباء الموحدة وتشديد الياء آخر الحروف ، وهي النخلة التي ترجب أي يبنى حولها جدار لتعتمد عليه ، والجوائح جمع جائحة وهي الشدة التي تحتاج المال من سنة أو فتنة ، وجاح الله ماله وأجاحه ماله واجتاحه على واحد، أي أملكه بالجائحة .

قوله إن تباع بخرصها تمرأ منصوب على التمييز من يخرصها فإن قوله إن تباع مسنداً إلى ضمير يرجع إلى التمر الذى على رأس النخل ، لان الكلام فيه وأنت ضميره البارز في بخرصها على أنه جمع الثمرة ، وفي مثله يعوز التذكير والتأنيث فكان تقديره ، وهو أن يبيع العرايا ، أن يباع التمر الذى على رأس النخل بخرصها تمرأ مجذوداً بمثله خرصاً ، قوله أوسق جمع وسق بفتح الواو وهو ستون صاعاً وهو ثلاثمائة وعشرون رطلاً عند أهل

قلنا العرية العطية لغة ، وتأويله أن يبيع المعري له ما على النخيل من
المعري بتمر مجذوذ، وهو بيع مجازاً لأنه لم يملكه فيكون برأ مبتدأ

الحجاز وأربع مائة وثمانون رطلاً عند أهل العراق على اختلافهم في مقدار الصاع والمد
(قلنا العرية العطية لغة) يعني العرية التي فيها الرخصة معناها في اللغة العطية
دون البيع .

(وتأويله) أى تأويل قوله ورخص في المرايا (أن يبيع المعري له) أى للفرض
(ما على النخيل من المعري) بكسر الراء (بتمر مجذوذ) أى مقطوع (وهو يبيع
مجازاً) نظراً إلى الصورة ، حيث أعطى في مقابلة شيء تحزراً عن الخلف فألفت أن
ذلك كان على خمسة أوسق ، فظن الراوى أن اختصار الرخصة على ذلك المقدار (لأنه
لم يملكه) أى لأن المعري لم يملك التمر الذى على رؤوس النخل لأنه لم يقبضه فكيف
يكون بيعاً (فيكون برأ مبتدأ) أى يكون أعطى المعري بكسر الراء التمر المجذوذ برأ
إبتداء لا بيعاً له ، قال تاج الشريعة « رح » لأنه أعطى شجرة وقال كل من ثمارها
ثم أعطى مثل ما كان على النخل يستقطع دخوله في البستان ، وصار كما إذا اشترى
المولى من عبده شيئاً فأعطاه الثمن فيكون برأ ابتداء بالإشراء فإن قلت صرح قلت في
حديث زيد بن ثابت الذى أخرجه الترمذى أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر
ورخص في المرايا ، فدل سياق الحديث أن المراد من المرايا بيع تمر بتمر أجيب أن
القرآن في النظم لا يدل على القرآن في الحكم ، وقد يقرن الشيء بالشيء حكماً يختلف
فإن قلت جاء في حديث جابر أخرجه عن المزني عن الشافعي عن سفيان عن ابن جريج
عن جابر بن عبد الله « رح » ، قال نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة ، إلا أنه رخص في
المرايا وأخرجه مسلم بأثر منه ، والاستثناء من البيع يدل على أن العرية هي البيع حلاً
للاستثناء على الحقيقة لأنه الأصل فيه ، أجيب بأنه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه الصلاة
والسلام التمر بالتمر مثل بمثل والمشهور قاض عليه ، فإن قلت في حديث أبي هريرة « رح »

قال ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملاسة والمنابذة ، وهذه بيوع كانت في الجاهلية هو أن يتراوض الرجلان على سلعة ، أي يتساومان فإذا لمسها المشتري

رخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق ، وهذا دليل على أنه يبيع لأنه ينفي حكم ما فوق الخمسة ، ولو لم يكن المراد البيع لم ينتف حكم الرخصة فيما فوقها ، أجيب بأنه لا نسلم أنه ينفي ذلك لأن تخصيص الشيء بالشيء ، لا يدل على نفي ما عداه وفائدة التخصيص في الخمسة لما أنهم كانوا يعرفون في هذا القدر ، ولم يدل على نفي ما وراء ذلك ، وقد ذكرنا عن قريب أن الراوي ظن اختصار الرخصة على ذلك .

وقال الاترازي فإن قلت إن كان الأمر على ما ذهب إليه أبو حنيفة « رح » من تفسير العرايا فما فائدة الرخصة فيها حينئذ ، قلت ما فائدته ما رويناه من مختصر الطحاوي وهو حصول الطيب للمعري ، والمعرا وخروج المعري من حكم الخلاف في الوعد ، وخروج المعري من حكم من أخذ عوضاً من شيء لم يملكه .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملاسة والمنابذة) وفي بعض النسخ ، ذكر قوله والمنابذة بعد قوله والملاسة ، قلت هذا هو الأصح ، لأنه قال بعد ذلك (وهذه بيوع) أشار بها إلى البيع بإلقاء الحجر والملاسة والمنابذة ، وكذا في نسخة شيخنا الملاء رحمه الله (كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان) وفي المغرب المراءضة المداراة والمخاتلة كفعل الرائض مع الريض ومنها بيع المراءضة بيع المعاوضة عن الأزهري لأنه لا يخلق عن مداراة ومخاتلة وفي الإجازات ، البائع والمشتري إذا تراضا السلعة ، أي تدار ما فيها وترك حرف الجر فيه نظر (على سلعة) متعلق بقوله يتراوض ، وفسر قوله يتراوض الرجلان بقوله (أي يتساومان) من التساوم من السوم ، يقال سام البائع السلعة ، أي عرضها وذكر ثمنها وسامها المشتري ، بمعنى استامها ، ومنه لا يسوم الرجل على سوم أخيه ، أي لا يشتري كذا في المغرب (فإذا لمسها) أي السلعة (المشتري

أو نبذها إليه البائع ، أو وضع المشتري عليها حصاة ، لزم البيع ،
فالأول بيع الملامسة ، والثاني بيع المنابذة ، والثالث إلقاء الحجر ،
وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة .

أو نبذها (أى ألقاها) إليه (أى إلى المشتري) البائع أو وضع المشتري عليها (أى على
السلعة) حصاة لزم البيع) .

وفي شرح الوجيز للملامسة ثلاث تأويلات ، أحدها أنه يأتي بثوب مطوى ، أو في
ظلمة فيلسه المستام ، فيقول صاحبه بعتك هذا بكذا بشرط أن يقوم المسك هذا مقام
نظرت ، ولا خيار لك إذا رأيته ، فهو تأويل الشافعي رحمه الله في المختصر ، وهذا البيع
باطل ، والثاني أن يحمل نفس اللبس بيعاً بأن يقول البائع للمشتري ، إذا لمست ثوبي فهو
مبيع وهذا باطل لما فيه من التعليق ، والثالث أن يبيعه شيئاً على أنه متى يلسه فقد وجب
البيع وسقط خيار المجلس وهو فاسد أيضاً ، وللمنابذة ثلاث تأويلات أيضاً ، أحدها أن
يحمل نفس نبذ الثوب بأن يقول إنبذ ثوبي إليك وتنبذ ثوبك إلي ، على أن كل واحد
بالآخر ، والثاني تأويل الشافعي رضي الله عنه في المختصر أن يقول ، بعتك هذا بكذا
على أنني إذا نبذته إليك ، فقد وجب البيع ، والثالث أن المراد منه نبذ الحصاة ، وهو
أن يقول بعتك ثوباً من هذه الأثواب وأرمي به الحصاة فعلى أيه وقعت فهو المبيع ، أو
يقول بعتك هذا هكذا على أنك بالخيار إلى أن ترمي بهذه الحصاة فالبيع باطل
في الكل .

(فالأول بيع الملامسة ، والثاني بيع المنابذة ، والثالث إلقاء الحجر ، وقد نهى
النبي ﷺ عن بيع الملامسة والمنابذة) وقد مر هذا عن قريب من حديث أنس « رح »
وغیره ، والمنابذة تتناول الكل وقال الأكل « رح » ، وعارة الكتاب تشير إلى أن المنهى
عنه منع الملامسة والمنابذة وبيع إلقاء الحجر ملحق بهما ، لأنه في معنهما قلت ، قد
جاء في حديث أخرجه مسلم والأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال « نهى رسول الله
ﷺ عن بيع الثمر وبيع الحصاة ، وما وقف الأكل « رح » على هذا الحديث ،
فلذلك اقتصر على الكلام الذي قاله .

ولأن فيه تعليقاً بالخطر ، قال ولا يجوز بيع الثوب من ثوبين لجهالة المبيع ، ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء ، جاز البيع استحساناً وقد ذكرناه بفروعه ، قال ولا يجوز بيع المراعي ولا إيجارها والمراد به الكلأ ، أما البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه

(ولأن فيه) أى ولأن في كل واحد من هذه البيوع (تعليقاً) أى تعليق التعليك (بالخطر) وفي المغرب ، الخطر الإشراف على الهلاك ، قالت الشراح وفيه معنى القمار لأن التعليك لا يحتمل التعليق لإفضائه إلى معنى القمار .

(قال) أى القدورى (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ، ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحساناً) والقياس أن لا يجوز ، وبه قال زفر والشافعي رضي الله عنهما وقال السكاكي : وكذا عبد من عبيد ولا خلاف فيه لأحد حق إذا قبضها وماتا ، يضمن نصف قيمة كل واحد ، لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مضمون بحكم البيع الفاسد ، والآخر أمانة ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فشاعت خيار الأمانة والضمان (وقد ذكرناه بفروعه) أى في باب خيار الشرط .

(قال) أى محمد د رح ، في الجامع الصغير (ولا يجوز بيع المراعي ولا إيجارها) وفسر المصنف قول محمد هذا بقوله (والمراد به الكلأ) أى المراد بالمراعي إطلاقاً لإسم المحل على الحال ، والكلأ واحد الإكلاء وهو كل ما رعته الدواب من الرطب واليابس ، كذا في المغرب وروى عن أن الكلأ ، ليس له ساق من الحشيش ، وقيل ما له ساق وما ليس له ساق فهو كلأ ، وإنما فسر المصنف المراعي بالكلأ ، لأن لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الأرض ، وعلى الكلأ وعلى مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك لتوهم أن بيع الأرض وإيجارها لا يجوز وهو غير صحيح ، لأن بيع الأرض وإيجارها صحيح سواء كان فيه الكلأ أو لم يكن .

(أما البيع) أى أما عدم جواز بيع الكلأ غير المهرز (فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث) وهو ما رواه الطبراني في معجمه ، بإسناده عن ابن عمر

لاشتراك الناس فيه بالحديث ، وأما الإجارة فلأنها عقدت على
استهلاك عين مباح ، ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر
بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى .

رضي الله عنها قال قال رسول الله ﷺ المسلمون شركاء في ثلاث ، الماء والكلا والنار ،
رواه ابن ماجة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ المسلمون
شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار ، وغنه حرام وفي سنده عبد الله بن خراش وهو ضعيف
ضعفه أبو زرعة ، وعن البخاري إنه منكر الحديث ، ورواه أبو داود في سننه عن رجل
من الصحابة نحو رواية الطبراني (وأما الإجارة) أى عدم جواز الإجارة (فلأنها) أى
الإجارة (عقدت على استهلاك عين مباح) فلا يجوز (ولو عقدت) أى الإجارة (على
استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى) يعني عدم جواز
الإجارة على عين مباح بالطريق الأولى في عدم الجواز ، لأن محل الإجارة المنافع لا
الأعيان باتفاق الفقهاء ، إلا إذا كانت آلة الإقامة العمل المستحق بالإجارة كالصبغ واللبن
في استئجار الصباغ والطير ، لأن اللبن آلة للعضانة والطورة والصبغ آلة للصبغ ، ولم
يذكر إن إجارة الكلا وقت فاسدة أو باطلة ، وذكر في الشرب إنها فاسدة حتى يملك
الآجر الاجرة بالقبض وينقد تتمعه فيها ، وقالوا معنى شركتهم فيها إن لهم الانتفاع بضوء
النار والاصطلاء بها وتجهيف الثياب ، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر لا يكون له ذلك إلا
بإذن صاحبه ، كذا ذكر القدوري « رح » وكذا الانتفاع من الماء بالشرب ، وسقي
الدواب والإستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة في الاراضي المملوكة ، وكذلك
الانتفاع بالاحتشاش من الاراضي المملوكة ، ولكن له أن يمنع من الدخول في أرضه فإن
منع كان لغيره أن يقول إن لي في أرضك حقاً فلما أن توصلني إلى حقي أو تحشه فتدفعه
إلي أو تدعني آخذه كثوب رجل وقع في دار إنسان ، هذا إذا أنبت طاهر ، وأما إذا
أنبته صاحب الارض بالسقي ففيه اختلاف الرواية ، ذكر في المحيط والذخيرة والتوازل ،
أن صاحبه يملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير إذنه ، فجاز بيعه ، وذكر القدوري « رح »
إنه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلا ثابتة بالنص ، وإنما تنقطع بالخيار وسوق الماء إلى

قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف
«رح» وقال محمد «رح» يجوز إذا كان محرراً ، وهو قول الشافعي
«رح» لأنه حيوان منتفع به حقيقة ، وشرعاً فيجوز بيعه وإن كان
لا يؤكل ، كالبلبل والحمار

أرضه ، ليس بخياره للكلأ ، فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه .

وفي فتاوى اللؤلؤي رجل باع حشيشاً في أرضه ، إن كان صاحب الحشيش هو الذي
أنبته بأن يهاهما الماء لأجل الحشيش ، فثبت بتكلفه جاز بيعه لأنه ملكه ، وليس لأحد
أن يأخذه بغير إذنه كما لو أخذ السمك وألقاه في الماء ، فباع جاز ، وإن كان الحشيش
ينبت بنفسه ، فلا يجوز بيعه لأنه ليس بمملوك له لأنه مباح ألا ترى أن لكل أحد من
الناس أن يأخذه ، وذكره قاضي خان «رح» لو باع الكلأ أو الماء بعد الإحراز جاز ،
لأنه صار أخص به من غيره ، وفي الإيضاح لا يجوز بيع الكلأ في أرضه ولا ماء نهره
أو بئر ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم وهكذا ذكره الطحاوي «رح»
لأنه على أصل الإباحة فيما لم يحرمه لم يحرم بيعه ، كبيع الصيد في أرضه ما لم يأخذه ، وكذا لا
يجوز بيع الكهانة في أرضه ما لم يقلعها ، وكذلك بيع السمكة في نهره أو حبه (قال
فلا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» ، وقال محمد يجوز
إذا كان محرراً) أي مجموعاً (وهو قول الشافعي رضي الله عنه) وفي كتب الشافعي
«رح» في بيع النحل في الكوارة وجهان ، أحدهما لا يجوز وهو اختيار أبي حامد
هذا إذا لم يشاهده ولو اجتمع في الكوارة وشاهده جاز بيعه ، وكذا لو شاهده خارج
الكوارة ، ففي جواز بيعه له وجهان وعمل الخلاف نحل العسل ، أما نحل غير العسل لا
يجوز بالاجماع لأنه من الهوام كالزبابير (لأنه) أي لأن النحل (حيوان منتفع به حقيقة)
باستيفاء ما يحدث منه (وشرعاً) لعدم ما يمنع عنه شرعاً وكل ما هو كذلك (فيجوز
بيعه وإن كان لا يؤكل) كلمة إن واصله يا قبله (كالبلبل والحمار) فإن بيعهما
يجوز بلا خلاف .

ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزناير والانتفاع بما يخرج منه
لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج حتى لو باع كواره فيها
عسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له كذا ذكره الكرخي «رح»
ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة لأنه من الهوام وعند أبي
يوسف «رح» يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاً له وعند محمد «رح»
يجوز كيفما كان لكونه منتفعاً به

(ولهما) أى ولابي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» (إنه) أى إن النحل (من
الهوام) جمع هامة وهي دود الارض (فلا يجوز بيعه كالزناير) والحيات والعقارب
والوزع (والانتفاع) جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم إنه ينتفع به والانتفاع
إنما يحصل (بما يخرج منه) وهو للعسل (لا بعينه) أى لا ينتفع بعين النحل، قيل هذا
احتراز عن المهر والجحش فإنها وإن كان لا ينتفع بها في الحال، لكن ينتفع بها في المال
بأعيانها وقال الاكمل وفيه بعد لخروجهما بقوله، قلت قابل هذا القول هو الكاكي
«رح» شيخه.

(فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج حتى لو باع كواره) بضم الكاف وتشديد الواو
وهي معسل النحل إذا استويت من الطين، وفي التهذيب كواره النحل محققة، وفي
المغرب الكواره والكواره بالكسر من غير تشديد وقيد الزغشري بفتح الكاف، وفي
الفريبيين بالضم (فيها) أى في الكواره (عسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له) كما في
بيع الارض مع الشرب، وبيع الشرب وبيع العذرة المختلطة بالتراب (كذا ذكره
الكرخي «رح») في مختصره.

(ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة «رح» لانه من الهوام وعند أبي يوسف
«رح» يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاً له) أى للقز لانه صار منتفعاً به في المستقبل (وعند
محمد «رح» يجوز كيفما كان) أى سواء كان معه القز أو لا (لكونه منتفعاً به) وبه
قال الشافعي وأحمد «رح»، وهو اختيار الصدر الشهيد «رح» وعليه الفتوى للتعامل

ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة «رح» ، وعندهما يجوز لمكان
الضرورة وقيل أبو يوسف «رح» مع أبي حنيفة «رح» ، كافي
دود القز .

كذا في الذخيرة وجامع المحبوبي .

(ولا يجوز بيع بيضه) أى بيض دود القز ، وهو البذر الذى منه يكون الدود
(عند أبي حنيفة «رح») لانه مما لا ينتفع بعينه بل بما يحدث منه وهو معدوم فى
الحال (وعندهما) أى عند أبى يوسف ومحمد «رح» (يجوز لمكان الضرورة) وبه
قال الشافعى «رح» فى وجهه ، وأحمد «رح» وعليه الفتوى (وقيل أبو يوسف «رح»
مع أبى حنيفة «رح» كما فى دود القز) فى عدم الجواز ، وقال الكرخى «رح»
أجاز محمد «رح» بيع النحل إذا كان مجموعا وكذلك دون القز ، يجوز بيعه والسلم فيه
إذا كان فى وقته القز ، وجعل أجله فى وقته ، وكان محمد «رح» بضمن من قتله وقال
الكرخى «رح» أيضاً واجمعوا على أن بيع هوام الأرض لا يجوز ، الحيات والعقارب ،
والبزع والقطاية والقنافذ والجمل والضب وهوام الأرض كلها .

وقالوا لا يجوز بيع شيء فى البحر من الضفادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك
إلا السمك ، وفى الأجناس قال محمد بن الحسن رحمه الله ، إذا كان الدود من واحد وورق
التوت منه والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفان أو أقل أو أكثر لا يجوز ،
وكذلك لو كان العمل منها لا يجوز ، إنما يجوز إذا كان البيض منها والعمل منها وهو
بينهما نصفان أما إذا كان البذر بينهما على الثلث والثلثين لا يجوز .

وقال الولوالجى «رح» فى فتاواه امرأة أعطت بذر القز وهو بذر الغليق بالنصف
إمرأة فقامت عليه حتى أدرك ، فالغليق لصاحبة البذر لأنه حدث من بذرها ولها على
صاحبة البذر قيمة الأوراق وأجرة مثلها ، وعلى هذا إذا دفع البقرة إلى إنسان بالعلف
ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن
العلف وأجرة المثل وكذلك إذا دفع الدجاجة ليكون البيض بالنصف .

والحمام إذا علم عدوها وأمكن تسليمها ، جاز البيع لأنه مال مقدور
التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهى النبي ﷺ عنه ، ولأنه لا يقدر
على تسليمه إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده لأن المنهى بيع آبق
مطلق وهو أن يكون آبقاً في حق المتعاقدين ، وهذا غير

(والحمام إذا علم عدوها وأمكن تسليمها ، جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم) وفي
فتاوى قاضي خان لو باع طيراً يطير في الهواء ، إن كان داخلياً يعود إلى بيته ويقدر على
أخذه من غير تكلف ، جاز بيعه وإلا فلا ، وكذا بيع الحمام في البرج ، وبه قال الشافعي
رضي الله عنه ولو باع الحمام الطائر وللشافعي « رح » فيه وجهان فعند بعض أصحابه
« رح » الأصح الجواز لاعتبار العود ، عند أكثرهم الأصح عدم الجواز وكان حق وضع
هذه المسألة ذكرها عند قوله ولا بيع الطير في الهواء فكأنه اتبع في ذلك الصدر الشهيد
فإنه ذكر الحمام بعد ذكر النحل ودود القز في شرح الجامع الصغير .

(ولا يجوز بيع الآبق) وهذا بإجماع الفقهاء الأربعة ، وعن ابن عمر « رح » ويجوز
بيعه وعن محمد بن سيرين « رح » يجوز بيعه لو عرف موضعه ، وروى الحسن عن أبي
حنيفة « رح » أنه يجوز بيعه قبل هذا إذا علم المشتري ولو اختلفا في العلم ، فالقول للبائع
وأما العبد المرسل في حاجة فيجوز بيعه كذا في المحيط (لنهى النبي ﷺ عنه) أي في
بيع الآبق وهو ما رواه ابن ماجة في سننه من حديث أبي سعيد الخدري « رح » أن
النبي ﷺ نهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن بيع ما في ضرعها وعن
شراء العبد وهو آبق ، وعن شراء المغانم حتى تقسم ، وعن شراء الصدقات حتى تقبض ،
وعن ضربة القابض وضعفوه .

ورواه إسحاق بن راهوية في مسنده عن أبي سعيد الخدري « رح » مرفوعاً إلا أنه
قال وعن بيع العبد وهو آبق عوض قوله وشراء (ولأنه لا يقدر على تسليمه) أي تسلم
الآبق (قال) أي محمد « رح » (إلا أن يبيعه) أي الآبق (من رجل زعم أنه عنده لأن
المنهى) في الحديث (بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقاً في حق المتعاقدين ، وهذا غير

آبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى ، العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده ، وكان أشهد عند أخذه لأنه أمانة عنده ، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضاً لأنه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لأنه آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الآباق . وعن أبي حنيفة « رح » أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد بقيام المالية والمانع قد ارتفع

آبق في حق المشتري) لأنه عنده في زعمه ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه . (ولأنه) أي ولأن الآبق (إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع) أي المعجز عن التسليم هو المانع من البيع (ثم لا يصير) أي المشتري (قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عند أخذه) أي أشهد عند الأخذ أنه أخذه للرد ، ولا يرد على المولى (لأنه) يصير (أمانة عنده) ولهذا لو ملك قبل الوصول إلى يد المولى فهلك الأمانة (وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع) لأن الأدنى لا ينوب عن الأعلى (ولو كان لم يشهد) عند الأخذ صوابه عند القبض (يجب أن يصير قابضاً لأنه قبض غصب) وقبض الغصب قبض ضمان ، فينوب عن قبض البيع وهو قبض ضمان . (ولو قال هو) أي الآبق (عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لأنه آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه) لأنه آبق مطلق (ولو باع الآبق) من رجل (ثم عاد من الآباق) . وسلمه للمشتري لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلاً لانعدام الهلية كبيع الطير في الهواء وهو ظاهر رواية وبه أخذ مشايخ بلخ « رح » (وعن أبي حنيفة « رح » أنه يتم العقد إذا لم يفسخ) يعني إذا عاد العبد من إيقاعه يتم العقد ، ولكن يشترط أن لا يفسخ القاضي العقد قبل عوده ، وإن فسخه قبل ذلك فلا بد حينئذ من البيع الجديد (لأن العقد انعقد بقيام المالية) لأن الآبق مال مملوك (والمانع) من الجواز (قد ارتفع

وهو العجوز عن التسليم كما إذا أبق بعد البيع ، وهكذا يروى عن محمد «رح» قال ولا يبيع لبن امرأة في قدح ، وقال الشافعي «رح» يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا إنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكروم مصون عن الابتذال بالبيع ، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة ، وعن أبي يوسف «رح» إنه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز إيراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها ، فأما اللبن فلا رق فيه لانه

(وهو) أي المانع (المعجز عن التسليم) فصار (كما إذا أبق بعد البيع) وبه أخذ الكرخي «رح» وجماعة من المشايخ ، كذا ذكره الاسيبجاوي .

(وهكذا يروى عن محمد «رح») يعني مثل ما روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ولا يبيع لبن امرأة) أي ولا يجوز بيع لبن امرأة ، وبه قال مالك «رح» وأحمد «رح» في رواية ، وأبو القاسم «رح» ابن يسار من أصحاب الشافعي «رح» لأنه نجس عنده (في قدح) قال الكاكي «رح» ذكر القدح اتفاقاً وإن حرمة بيعه غير موقوفة على كونه في قدح ، ولكنه أخرج الكلام مخرج العادة ثم قال والأصح إن هذا قيد مفيد لأنه لو لم يذكره لتوهم جواز بيعه في القدح ، وإنما يجوز لكونه في الضرع كما هو الحكم في لبن سائر الحيوانات ، فإنه لا يجوز في الضرع ويجوز في القدح في غيره من الإماء إليه ، أشار الإمام أبو جعفر «رح» في كشف الغوامض .

(وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر) إحترز بالطاهر عن الخمر فإنها نجسة فلا يحل بيعها (ولنا إنه جزء الآدمي وهو) أي الآدمي (بجميع أجزائه مكروم مصون عن الابتذال بالبيع) أي محفوظ عن الإهانة بسبب البيع .

(ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة ، وعن أبي يوسف «رح» إنه يجوز بيع لبن الامة لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها فكذا على جزئها) إعتباراً للجزء بالكل (قلنا الرق قد حل نفسها ، أما اللبن فلا رق فيه) لأن الرق ضعفي حكمي (لأنه

يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن ، قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة إلى البيع ولو وقع في الماء القليل أفسده ، عند أبي يوسف «رح» وعند

يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده (أي ضد الرق يعني العتق) (وهو) أي المحل (الحي) ومعناه أنهما صفتان تتعاقبان على موضوع واحد وهما ضدان .

(ولا حياة في اللبن) فلا يرد عليه الرق ولا العتق لانتهاء الموضوع ، والجواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروباً مطلقاً أو في حال الضرورة ، والأول ممنوع فلأنه إذا استغنى عنه حرم شربه ، والثاني مسلم لأنه غذاء عند الضرورة وليست بمال فلا يجوز بيعه .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) باتفاق الأئمة «رح» (لأنه) أي لأن الخنزير (نجس العين فلا يجوز بيعه) أي بيع شعره (إهانة له) كالخنزير لأن النجاسة في الشعر كهواء المحل وجواز المبيع يشعر بإعزازه .

(ويجوز الانتفاع به) أي بشعر الخنزير (للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه) أي لأن عمل الخرز لا يتأتى بدونه والضرورة ، أكد في إثبات التخفيف وسقوط الخطر والانتفاع بلحمه جائز عند الضرورة بالنص ، فالإنتفاع بشعره كان أولى عند الضرورة لأن الشعر أخف منه بدليل أن شعر الميتة طاهر ولحمها لا (ويوجد مباح الأصل) جواب عما يقال إذا كان كذلك ينبغي أن يجوز بيعه وتقرير الجواب أن شعر الخنزير يوجد مباح الأصل (فلا ضرورة إلى بيعه) وعلى هذا قيل إذا كان لا يوجد إلا بالبائع جاز بيعه ، لكن الثمن لا يطيب للبائع ، وقال أبو الليث إن كانت الأساكفة لا يجدون شعر الخنزير إلا بالشراء فينبغي أن يجوز لهم الشراء .

(ولو وقع) أي شعر الخنزير (في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف «رح» وعند

محمد «رح» ، لا يفسده لأن إطلاق الإنتفاع به دليل طهارته ولا يبي
يوسف «رح» ، إن الإطلاق للضرورة فلا تظهر إلا في حالة الاستعمال
وحالة الوقوع تغايرها ، ولا يجوز بيع شعر الإنسان ولا الإنتفاع به
لأن الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه
مهاناً مبتذلاً ، وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة
والمستوصلة الحديث ،

محمد «رح» ، لا يفسد لأن إطلاق الإنتفاع به دليل طهارته (ووقوع الطاهر في الماء لا
ينجسه) ولأبي يوسف «رح» (إن الإطلاق) أي إطلاق الجواز (للضرورة فلا تظهر)
أي الضرورة (إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها) أي تغاير حالة الاستعمال
ولا بأس للسائكة أن يصلوا مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدرهم .
(ولا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع به) ولا خلاف فيه للفقهاء إلا رواية عن
محمد «رح» ، يجوز الانتفاع بشعر الآدمي ، استدلالاً بما روي ، أن النبي ﷺ حين حلق
رأسه قسم شعره بين أصحابه وكانوا يتبركون به ولو كان نجساً لما فعل ، إذا النجس لا
يتبرك به وجهه الظاهر هو قوله (لأن الآدمي مكرم غير مبتذل) قال الكاكي «رح» ،
بكسر الدال يعني بالمعجمة ومعناه غير تارك بتهاون نفسه (فلا يجوز أن يكون جزء من
أجزائه مهاناً مبتذلاً) بفتح الذال كيلا يلزم الإهانة .

(وقد قال عليه الصلاة والسلام) أي وقد قال النبي ﷺ (لعن الله الواصلة
والمستوصلة الحديث) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة «رح» في كتبهم كلهم من حديث
عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضی الله عنهما ، أن رسول الله ﷺ قال لعن الله الواصلة
والمستوصلة والواشمة والمستوشمة انتهى .

وقال أبو داود «رح» ، الواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول
بها ، والواشمة التي تجعل الخيلان في وجهها بكحل أو مداد والمستوشمة المعمول بها ،
والاستدلال بهذا الحديث على منع بيع شعر الإنسان والانتفاع به لكرامته غير واضح ،

وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء
وذوائهن ، قال ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لانه
غير منتفع به ، قال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب
وهو إسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلاة ولا بأس ببيعها
والإنتفاع بها بعد الدباغ لأنها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب
الصلاة ، ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها
ووبرها والإنتفاع بذلك

كذا قيل قلت واضح به لأن المدعى عدم جواز البيع وعدم جواز الانتفاع به واستحقاق
اللمن في الوصل يدل على عدم جواز الانتفاع به وعدم جواز الانتفاع يدل على عدم جواز
البيع (وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وفي ذوائهن) وهو
اتخاذ القواويل وهو رخصة ، وهو يتخذ من وبر الجمل ليزيد في أصول شعورهن بالكثير وفي
ذوائهن بالتطويل . وقال الجوهرى القواويل ما تشهرها المرأة من شعرها .

(قال) أي محمد « رح » فى الجامع الصغير (ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ)
أي ولا يجوز بيعها قبل الدباغة قيد بقوله قبل أن تدبغ لأن بعد الدبغ يجوز بلا خلاف
بين الفقهاء فإن قيل نجاستها مجاورة باتصال الدسومات ، ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب
النجس ، أجيب بأنها خلقية فما لم تزال كاللدباغ فهو كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فإنها
بالمجاورة فلا يتغير حكم أصول الثوب (لأنه غير منتفع به) أي يحل الميتة قبل الدباغة .

(قال عليه الصلاة والسلام) أي قال النبي ﷺ (لا تنتفعوا من الميتة بإهاب) هذا
الحديث رواه الأربعة « رح » من حديث عبد الله بن علقم عن النبي ﷺ إنه كتب إلى
جهينه قبل موته بشهر أن لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب وقد تقدم فى كتاب
الطهارة فى باب الماء الذى يجوز الوضوء به وبسطنا الكلام فيه هناك (وهو) أي
الإهاب (إسم لغير المدبوغ على ما مر فى كتاب الصلاة) (١) ولم يرد فى كتاب الطهارات .
(ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها ووبرها والإنتفاع بهذا

(١) هنا سقط فى الاصل .

كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل ،
والفيل كالحنزير نجس العين عند محمد « رح » وعندهما بمنزلة السباع
حتى يباع عظمه وينتفع به .

كله (وفي بعض النسخ بذلك كله أشار به إلى المذكورات قبله (لأنها) أي لأن هذه
الأشياء (طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة) لان الموت لا تحل إلى في محل الحياة (وقد
قررناه من قبل) وقال الكاكي « رح » في كتاب الصلاة وليس كذلك بل في كتاب
الطهارة بقوله وشعر الميتة وعظمها طاهر وقد تكلمنا هناك بما فيه من الخلاف مبسوطاً .
(والفيل كالحنزير نجس العين عند محمد « رح ») فلا يجوز بيعه مطلقاً ولا يجوز
الانتفاع به لأنه نوع من الحنزير (وعندهما) أي عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح »
(بمنزلة السباع) يعني ليس بنجس العين كالحنزير (حتى يباع عظمه وينتفع به) أي بالفيل
في الركوب والحمل وغير ذلك .

ويجوز أن يرجع الضمير إلى المعظم لما ذكره البخاري « رح » في صحيحه عن الزهري
« رح » قال في عظام الموتى نحو الفيل وغيره أدركت ناساً من سلف العلماء يشتطون بها
ويدهنون بها لا يرون بأساً ، وقال ابن سيرين « رح » وإبراهيم لا بأس بتجارة العاج .
وقال الكرخي « رح » في مختصره وأما الفيل فاجمعوا على جواز بيعه ولم يذكر
الخلاف ، وكذلك ذكر في البيوع في كتاب العيون ولكن ذكر في باب الطهارات من
العيون عن محمد بن الحسن « رح » أنه قال الفيل لا يقع عليه الزكاة ، وإذا دبغ
جلده لم يطهر .

وروي عن محمد في كتاب الحج عن أبي حنيفة « رح » قال لا بأس ببيع عظام الفيل
وغيرها من الميتة وكذلك جلدها إذا دبغ ، وروي عن أبي يوسف « رح » نحو هذا أو
ذكر في العيون أيضاً رواية إبراهيم بن رستم عن محمد « رح » في امرأة صلت وفي عنقها
قلادة فيها من كلب أو أسد أو شطط (١) فصلاتها تأمة لأنه يقع عليها الزكاة .

(١) هكذا وردت في الأصل .

قال وإذا كان السفلى لرجل وعلوه لآخر ، فسقطا أو سقط العلو وحده ، فباع صاحب العلو علوه ، لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه ، والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ومنفرداً في رواية ، وهو اختيار مشايخ بلخ «رح» لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا كان السفلى لرجل وعلوه لآخر ، فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه ، لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال) لأنه يتعلق بالهواء والهواء ليس بمال (لأن المال ما يمكن إحرازه والمال هو المحل للبيع) والهواء ليس بمحل وإنما يجوز قبل الإنهدام باعتبار البناء القائم ولم يبق (بخلاف الشرب) هذا جواب عما يقال الشرب حق الأرض ، ولهذا قال في كتاب الشرب إذا اشتري أرضاً لم يكن له شرب ينبغي أن لا يجوز ، فأجاب بقوله بخلاف الشرب (حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ومنفرداً) أي ويجوز بيعه أيضاً حال كونه مفرداً (في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ « رح » لأنه) أي لأن الشرب (حظ من الماء) والماء عين فكان بيع الشرب بيع العين أو بيع شيء يتعلق بالعين ، فإن قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز إذا كان الماء معدوماً في الأرض أوجب بانها جوز للضرورة أو بعرضية وجوده كما في السلم والإستصناع .

(ولهذا) ولكون الشرب حظاً من الماء (يضمن بالاتلاف) بأن سقى رجل أرضه بشرب غيره يضمن ، وهو رواية البزدوي « رح » ، وعلى رواية شيخ الاسلام « رح » ، لا يضمن وقيل يضمن إذا جمع الماء ثم أتلفه ولا يضمن قبل الجمع ، وقيل في المسألة روايتان ونقل عن الامام جمال الدين ابن المصنف رحمه الله قال والاتلاف أن يكون بأن يشهد به الآخر ثم رجع بعد القضاء ولا وجه للقول بالضمحان بالاتلاف سوى هذه الصورة لأنه لو ضمن بغيرها أما أن يضمن بالسقي أو يمنع حق الشرب ، ولا وجه إلى الأول لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث ، ولا وجه إلى الثاني لأنه منع حق الغير ليس بسبب الضمان

وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب ، قال
وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسألة
تحتل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسثيل ،
فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم لأن له
طولاً وعرضاً معلوماً ، وأما المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر ما
يشغله من الماء ، وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه
الفرق على أحدهما

بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد (وله) أي للشرب (قسط من الثمن) يعني إذا بيعت
أرض وفيها نهر يقع الثمن عليها (على ما ذكره في كتاب الشرب) قال الاترازي « رح »
أي في المبسوط قلت هذا على النسخة التي فيها على ما ذكره وفي بعض النسخ على ما
ذكره بصيغة الجمع ، فإن صحت هذه النسخة يكون المراد من قوله في كتاب الشرب
مسائل الشرب التي ذكرها في كبرى الأنهار في كتاب إحياء الموات .

(قال) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير (وبيع الطريق وهبته جائز ، وبيع
مسيل الماء وهبته باطل) هذا لفظ محمد « رح » وقال المصنف رحمه الله (والمسألة تحتل
وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل ، وبيع حق المرور والتسثيل فإن كان الأول) وهو
بيع رقبة الطريق والمسيل (فوجه الفرق بين المسألتين) وهما بيع رقبة الطريق وبيع
مسيل الماء (أن الطريق معلوم لأن له) أي للطريق (طولاً وعرضاً معلوماً) فإن عرضه
مقدار باب الدار وطوله إلى السكة النافذة غالباً فيجوز البيع (وأما المسيل) أي مسيل
الماء (فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء) أي قدر ما يشغل المسيل لأنه يختلف
بقلة الماء وكثرته ، حتى لو باع رقبة الأرض بمسيل الماء وبين موضعه وحدوده جاز .

(وإن كان الثاني) وهو حق المرور وحق مسيل الماء (ففي بيع حق المرور
روايتان) أحدهما رواية الزيادات لا يجوز وبه أخذ الكرخي « رح » لجهالته ، والأخرى
رواية القسمة يجوز وبه أخذ عامة المشايخ « رح » (ووجه الفرق على إحداهما) أي على

بينه وبين حق المسيل إن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الأرض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على إحدى الروايتين ، إن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبهه المنافع ، أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبهه الأعيان ، قال ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا يبيع بينهما

إحدى الروايتين (بينه) أي بين حق المرور حيث جاز يبيعه على هذه الرواية (وبين حق المسيل) حيث لم يجز يبيعه أصلاً (إن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق) لأنه معلوم القدر (أما المسيل على السطح) . أي أما حق المسيل على السطح (فهو نظير حق التعلي) وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات (وعلى الأرض) أي وحق المسيل إن كان على الأرض (مجهول لجهالة محله) أي لجهالة قدر ما يشغله المأوى (ووجه الفرق بين حق المرور) حيث جاز يبيعه على هذه الرواية (وحق التعلي) أي وبين حق التعلي حيث لم يجز أصلاً (على إحدى الروايتين) متعلق بحق المرور لأن حق التعلي لا يجوز يبيعه في جميع الروايات (إن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء) فأخذ حكم ما لا يبقى (فأشبهه المنافع) لأنها لا بقاء لها (أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبهه الأعيان) لأن لها بقاء .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن باع جارية فإذا هو غلام) ذكر الضمير باعتبار تذكير الخبر وعكسه ، فإن اشترى عبداً فإذا هو جارية (فلا يبيع بينهما) أي لا يجوز البيع وإنما ذكر هذه العبارة لأنه لم يغير لفظ محمد « رح » في الجامع ، وعند زفر « رح » يجوز فصار كأنه اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو لم يكن فصح البيع وثبت له الخيار وهو قياس مذهب الشافعي رضي الله عنه بفوات الوصف المرغوب فيه ، وعن أبي حنيفة « رح » أنه أثبت له الخيار في مثل هذا ثم اختلف المشايخ « رح » في

بخلاف ما إذا باع كبشاً فإذا هو نعمة حيث ينعقد البيع ويتخير ،
والفرق يبتنى على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد « رح »
وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس
يتعلق العقد بالمسمى

قول محمد « رح » فلا بيع بينهما ، إنه إما باطل أو فاسد ، وقال صاحب الايضاح باطل
يتعلق العقد بالمسمى وهو معدوم وبيع المدوم باطل ، وقال بعضهم إنه فاسد وهو
اختيار الكرخي « رح » ، ونقل الاترازي هذا بعد أن قال بعضهم في شرحه ، ثم قال
هذا اختلاف عجيب ونقل هذا عن الكرخي « رح » عجيب ، أما الاول فلأن محمداً
« رح » قال لا بيع بينهما فهو تنصيب على البطلان ، لان مثل هذا النفي يدل على
الباطل لا الفاسد .

وأما الثاني فإن الكرخي « رح » صرح في مختصره ، بأن اختلاف الصفة إذا أوجب
اختلافاً فاحشاً كان ذلك بمنزلة الاختلاف في الجنس ، ثم في اختلاف الجنس كما إذا باع
فضة على أنه ياقوت فكان زجاجاً ، أو باع هذا الثوب على أنه خزف فإذا هو مرغزي ،
قال فالبيع باطل قلت الذي قال هذا هو قول السفناقي « رح » وكذا نقله الكاكي
« رح » في شرحه .

قلت قوله وتنصيب على البطلان غير مسلم لان البيع الذي وقع بعد كلمة النفي أعم
من الباطل والفاسد ، ودعوى التعين تحكم وأما الكرخي « رح » فانه يحتمل أن يكون
عنه فيه روايتان (بخلاف ما إذا باع كبشاً فإذا هو نعمة حيث ينعقد البيع ويتخير) أي
المشتري (والفرق) يعني بين المسألتين (يبتنى على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد
« رح ») وذلك الأصل متفق عليه ولكن ذكر في كتاب النكاح في وجه قول محمد رحمه
الله في مسألة التزوج على دن من الحل ، إلا أن ذلك الأصل عند محمد « رح » ، ولهذا لم
يقع الاختلاف بينهم في هذه المسألة (وهو) أي الأصل (إن الإشارة مع التسمية إذا
اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى) لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة

ويبطل لانعدامه وفي متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف ، كمن اشترى عبداً على انه خباز فإذا هو كاتب وفي مسألتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض . وفي الحيوانات جنس واحد لقلة التفاوت فيها ، وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان ، والوذاري والزندينجي

لأن الإشارة لتعريف الذات ، فإنه إذا قال هذا صار الذات معيناً والتسمية إعلام الماهية وإنه أمر زائد على أصل الذات فكانت أبلغ في التعريف فذلك تعلق الحكم بالمسمى لا بالمشار إليه .

(ويبطل لانعدامه) أي ويبطل العقد لانعدام المسمى (وفي متحدى الجنس يتعلق) أي العقد (بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير) أي المشتري (لفوات الوصف) المرغوب فيه (كمن اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب) حيث ينعقد العقد ويتخير المشتري (وفي مسألتنا) أراد بها المسألة المصدرة وهي قوله ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما (والذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض) لأن المطلوب من العبد الإستخدام خارج الدار ومن الأمة الإستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والإستفراش والإستيلاد ، والغلام لا يصلح للإستفراش والإستيلاد فكان التفاوت بينهما فاحشاً .

(وفي الحيوانات جنس واحد لقلة التفاوت فيها) ^(١) أي في الأغراض (وهو المعتبر) أي التفاوت هو المعتبر (في هذا) أي في كونها جنسين متحدين أو مختلفين (دون الأصل) أي أصل المسادة والماهية (كالخل والدبس جنسان) مع اتحاد أصليهما وهو العنب (والوذاري) بكسر الواو وفتحها وبالذال المعجمة ، وهو ثوب منسوب إلى وذار وهي قرية بسمرقند (والزندينجي) بفتح الزاي وسكون النون وفتح الدال المهملة وكسر

(١) للتقارب فيها - هامش .

على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما ، ومن اشترى جارية بألف درهم
حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها عن البائع بخمسمائة قبل أن ينقذ
الثلث لا يجوز البيع الثاني ، وقال الشافعي « رح » يجرز لأن الملك
قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء ، وصار
كما لو باع بمثل الثلث الأول أو بالزيادة أو بالعرض

النون وبالياء آخر الحروف الساكنة وبالجم ثوب منسوب إلى زندنة على خلاف القياس
وهي من أشهر قصبات بخارى (على ما قالوا جنسان) أي على ما قال المشايخ « رح » في
شروح الجامع الصغير أنها جنسان (مع اتحاد أصلها) يعني مع أن أصلها متحد وقالت
الحكماء الذكر والأنثى من بني آدم جنس واحد لاتحدهما في الحقيقة والجنس مقول على
كثيرين مختلفين بالحقيقة ، وأهل الحق جعلوا جنسين لتفاوت المقاصد ، والحق معهم لأن
اختلاف الحقائق يعرف باختلاف الخواص لا بأصل المادة لكونه لو اعتبر أصل المادة
ينبغي أن لا يكون الفرس والإنسان جنسين (١) لاتحاد مادتهما وهو النطفة .

(ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها عن البائع بخمسمائة
قبل أن ينقذ الثلث لا يجوز البيع الثاني) وبه قال مالك وأحمد « رح » واعلم أن شراء ما
باع بأقل مما باع قبل نقد الثلث لا يجوز عندنا (وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز) وبعد
نقد الثلث يجوز عندنا أيضاً وبالمثل أو الأكثر يجوز بالإجماع سواء كان قبل نقد الثلث أو
بعده وكذا يجوز قبل نقد الثلث إذا اشترى بعرض قيمته أقل منه (لأن الملك) أي ملك
المشتري (قد تم فيها) أي في الجارية (بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء
وصار) أي حكم هذا (كما لو باع بمثل الثلث الأول أو بالزيادة) من الثلث الأول (أو
بالعرض) يعني باعها منه بالعرض قبل نقد الثلث وقيمة العرض أقل من قيمة الألف يجوز
بالإجماع وقيد بالعرض لأنه لو باعها منه بالدنانير وقيمة الدنانير أقل من الألف لا يجوز
عندنا استحساناً ويجوز قياساً ، وهو قول زفر « رح » وقال الكاكي « رح » وفي بعض

(١) مختلفين - هامش .

ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستائة
بعدها اشترت بثمان مائة بشس ما شريت واشتريت أبلغني زيد
ابن أرقم أن الله « تعالى » أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ
إن لم يتب .

الحواشي مال كثير من مشايخنا « رح » كالكرخي والزعفراني « رح » والصغار إلى قول
الشافعي « رح » في هذه المسألة والقياس ما قاله ، ولكن ما وجدته في كتب عندي (ولنا
قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستائة بعدما اشترت بثمان مائة بشس
ما اشتريت أبلغني زيد بن أرقم أن الله « تعالى » قد أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ
إن لم يتب) .

هذا أخرجه عبد الرزاق « رح » في مصنفه ، أخبرنا معمر والثوري عن أبي إسحاق
عن امرأته « رح » أنها دخلت على عائشة رضي الله عنها في نسوة فسألت امرأة فقالت يا
أم المؤمنين كانت لي جارية فبعتها من زيد بن أرقم بثمان مائة إلى المطاء ثم ابتعتها منه
بستائة فتقدت له الستائة وكتبت عليه بثمان مائة ، فقالت عائشة بشس ما شريت وبشس ما
اشتريت أخبرني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب ،
فقالت المرأة لعائشة رضي الله عنها أرايت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل
فقلت ﴿ فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ﴾ آية - ٢٧٥ - البقرة وأخرجه
الدارقطني « رح » ثم البيهقي « رح » في سننهما عن يونس بن أبي إسحاق الهمداني « رح »
عن أمه العالية ، قالت كنت قاعدة عند عائشة رضي الله عنها فأتتها أم حبة فقالت إني
بعت زيد بن أرقم جارية إلى عطاء فذكر بنحوه ، وقال الدارقطني أم محبة والعالية
مجهولتان لا يحتاج بهما قلت بل أم العالية إمراة معروفة جليلة القدر ذكرهما ابن سعد
« رح » في الطبقات ، فقال أم العالية بنت أنفع بن شرحبيل امرأة أبي إسحاق السيفي
« رح » سمعت من عائشة رضي الله عنها وأم محبة بضم الميم وكسر الحاء كذا ضبطه
الدارقطني « رح » في كتاب المؤلف والمختلف .

ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع ووقعت
المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما إذا باع
بالعرض ، لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة ،

ورواه أبو حنيفة « رح » في مسنده عن أبي إسحاق التبعي ^(١) عن امرأة أبي الغمير
« رح » سألت عائشة رضى الله عنها فقالت إن زيد بن أرقم باعني جارية بثمان مائة
واشترأها مني بستمائة فقالت أبلغني عني زيد بن أرقم أن الله عز وجل قد أبطل جهاده
إن لم يتب ، وجه الاستدلال أنها جعلت خبراً مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع
رسول الله ﷺ ، إن لم يتب وأجز به الجرائم لا تعلم بالرأي فكان مسموعاً من رسول الله
ﷺ ، والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسداً وإن زيداً اعتذر إليها وهو دليل
على كونه مسموعاً لأنه في المجتهد ، إن كان بعضهم يخالف بعضاً وما كان أحدهما يعتذر
إلى صاحبه ، فإن قلت يجوز أن يكون إلحاق الوعيد لكون البيع إلى العطاء وهو
رجل مجهول قلت ثبت من مذهب عائشة (رض) جواز البيع إلى العطاء وهو مذهب
علي رضي الله عنه وابن أبي ليلى « رح » وآخرين فلم يكن كذلك ، فإن قلت لم كرهت
العقد الأول مع أن الفساد من الثاني ، قلت لأنها تطرق به إلى الثاني كالسفر يكون
محظوراً إذا كان لقطع الطريق وإن كان السفر مباحاً في نفسه ، فإن قلت القبض غير
مذكور في الحديث فيمكن أن يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل القبض ، قلت
تلاوتها آية الربا دليل على أنه للربا إلا لعدم القبض ، فإن قلت الوعيد قد لا يستأنز
الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد ، قلت الوعيد
ليس للبيع ثمة بل ليس التفريق حق لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقاً (ولأن الثمن
لم يدخل في ضمانه) أي في ضمان البائع قبل القبض (فإذا وصل إليه المبيع ووقعت
المقاصة) أي بين الثمن في الأول وبين الثمن في البيع الثاني إذا عاد إليه الكل الذي زال
عنه بعينه (بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض) فهذا ربيع حصل لا على ضمانه ونهى
رسول الله ﷺ عن ربيع ما لم يضمن (بخلاف ما إذا باع بالعوض لأن الفضل إنما يظهر

(١) هكذا وردت في الأصل وأظن أن الصحيح التابعي - ٥١ - مصححه .

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل
أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشتريها من البائع
ويبطل في الأخرى لأنه

عند المجانسة لأن الربح لا يظهر عند مخالفة الجنس، وقال الكرخي «رح» في مختصره ولا
يجوز أن يشتري ذلك أم وكيل البائع ولا عبد البائع مأذون له في التجارة في قولهم جميعاً
وإن اشتراه والد البائع أو ولد ولده علا أو سفل أو من يجوز شهادته للبائع ولا شهادة
البائع له لم يجز عند أبي حنيفة «رح»، وقال أبو يوسف «رح» ومحمد «رح» ذلك
جائز ولذلك لا يجوز للمولى أن يشتري ما باعه مكاتبه ولا عبده المأذون ولا مضاربه
بأقل من الثمن الذي باعوه، فإن وكل البائع من يشتريه بأقل من الثمن الأول فاشتراه،
فالشراء جائز عند أبي حنيفة «رح» وقال أبو يوسف «رح» الشراء لازم للوكيل ولا
يلزم الأمر، وقال محمد «رح» يلزم الأمر شراً فاسداً وقال في شرح الطحاوي إدامة
المشتري فاشترى البائع من الوارث لا يجوز لأن الوارث يقوم مقام المورث ولو مات البائع
فاشترى وارثه من المشتري جاز الشراء إذا كان الوارث ممن يجوز شهادته للبائع في حال
الحياة وقربته من البائع لا يمنع بخلاف المشتري، وعن أبي يوسف «رح» أنه قال لا
يجوز شراء وارث البائع أيضاً كوارث المشتري.

(قال) قال أي محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها
وأخرى) أي وجارية أخرى (معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة ، جاز
البيع ^(١) في التي لم يشتريها) أي في الجارية التي لم يشتريها (من البائع ويبطل) أي البيع
(في الأخرى) أي في الجارية الأخرى ، وهذه المسألة فروع المسألة المتقدمة لأنها مبنية
على شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع في التي
اشتراها من البائع ، وبين ذلك بقوله (لأنه) أي لأن المشتري لما باع الجاريتين
بخمسمائة إحداها هي التي اشتراها من البائع في المرة الأولى بخمسمائة والأخرى هي التي

(١) فالبيع جائز - هامش .

لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشتريها منه
فيكون مشترياً للآخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ، ولم يوجد
هذا المعنى في صاحبها ، ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه
مجتهداً فيه ، أو لأنه باعتبار شبهة الربا ،

لم يشتريها منه (لا بد ان يجعل بعض الثمن) في البيع الثاني (بمقابلة التي) اي بمقابلة
الجارية التي (لم يشتريها منه) .

فلا محالة ان يكون ثمن الجارية التي بيعت او لا اقل مما بيعت (فيكون مشترياً
للآخرى بأقل مما باع ، وهو فاسد عندنا) كما في المسألة المتقدمة (ولم يوجد هذا المعنى)
وهو الشراء بأقل مما باع (في صاحبها) وهي الجارية التي ضمها إلى الجارية المبيعة لانه
ما اشتراها منه حتى باع بأقل منه فيجوز لعدم المقدس (ولا يشيع الفساد ولانه ضعيف
فيها) أي لان الفساد ضعيف في الجارية المشتراة ، ولما ضعف الفساد ولم يتعد إلى المضمومة
إليها كما لو باع قنأ ومدبراً حيث يصح في القن ولم يتعد فساد البيع في المدبر إلى القن
لكون بيع المدبر مجتهداً فيه (لكونه) اي لكون الشراء فساد ما باع بأقل مما باع
(مجتهداً فيه) فان عند الشافعي رضي الله عنه يجوز بخلاف الجمع بين الحر والعبد في
عقد واحد حيث يشيع الفساد في القن لان الفساد في الحر قوي مجمع عليه ، فان قلت
يشكل بما إذا اسلم حنطة في شعير وزيت وبين حصاة كل واحد ودفع رأس المال إليه فان
السلم في الزيت لا يجوز وإن كان الفساد في هذا العقد مجتهداً فيه ، فان اسلم الحنطة في
الشعير جائز عند الشافعي رضي الله عنه قلت مبني عقد السلم على المضايقة لتوقف الجواز
على شرائط لم تتوقف عليها مطلق البيع فلا يلزم من تأثير الضعيف فيه تأثيره فيما بنى
على التوسع .

(أو لأنه) أي ولأن الفساد (باعتبار شبهة الربا) فلو اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية
التي ضمت إلى المشتراة لكننا اعتبرنا شبهة الشبهة ، والمعتبر الشبهة لا شبهة الشبهة ، وبيان
ذلك ما ذكره الإمام قاضي خان « رح » وهو أن في المسألة الأولى إنما لم يصح شراء ما

أو لانه طار لانه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري إلى غيرها

باع بأقل مما باع لشبهة الربا ، وذلك لأن الألف وأن وجب البائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيباً فيرده فيسقط الثمن عن المشتري ، وبالباع الثاني يقع الأمن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشترياً ألفاً بخمسمائة من هذا الوجه ، والشبهة ملحقة في الحقيقة في باب الربا احتياطاً (أو لأنه) أي أو لأن الفساد (طار) فلا يتعدى إلى الآخر (لأنه) أي لأن الفساد (يظهر بانقسام الثمن) وحاصل الكلام أن لظهور الفساد في المشترة وجهين أحدهما انقسام الثمن والآخر هو قوله (أو المقاصة) .

أما بيان انقسام الثمن فيما قال تاج الشريعة «رح» أو لأنه طارء يعني أن فساد العقد في البعض إنما يؤثر في الباقي إذا كان المفسد مقارناً ، وها هنا طارئاً لأنه ما شرط في العقد أن يكون بإزاء ما باعه بأقل من الثمن الأول بل جعل كل الثمن بمقابلة الجاريتين ، ثم ينقسم الثمن إذا وقعت المقاصة بين الثمن الثاني والأول ويبقى من الثمن الأول فضل يستحق الفساد ، والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع الأول بالعقد الثاني فيكون طارئاً .

وأما بيان المقاصة فلأنه لما باعها بألف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا بخمسمائة مثلها ، بقي للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية ، والمقاصة تقع يحجب عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها وذلك لا شك في طرفه (فلا يسري إلى غيرها) أي فلا يسري الفساد إلى غير المشترة ، كما إذا باع عبيدين وفي أحدهما أجل إلى الحصاد ، أو جمع بين عبد ومدبر وباعها فإن البيع لا يفسد في القن ولا في المدبر لأجل فيه .

وقال شمس الأئمة «رح» في مبسوطه في هذه المسألة فإن قيل ينبغي أن يجعل مقابلة ما باع مثل الثمن الأول احتياطاً لتصحيح العقد قلنا هذا الوجه غير متعين فإنه وإن جعل بمقابلته أكثر من الثمن الأول يجوز العقد أيضاً ، وعند المقاصة لا يترجح البعض على البعض من غير دليل وفيه نوع تأمل ، فإن قيل ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لأن قبول العقد في ذلك شرط لقبول العقد في الآخر وهو شرط فاسد كما هو مذهب أبي حنيفة «رح» في نظائرها ، قلنا قبول العقد فيه ليس بشرط فاسد ، ألا ترى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن

قال ومن اشترى زيتاً على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل
ظرف خمسين رطلاً ، فهو فاسد ، وإن اشترى على أن يطرح عنه
بوزن الظرف جاز ، لأن الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني
يقتضيه ، قال ومن اشترى سمناً في زق فرد الظرف وهو عشرة
أرطال ، فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال

الأول أو خلاف جنس الثمن الاول كان صحيحاً ، وإنما الفساد لأجل الربح الحاصل لا على
ضمانه ، وهذا المعنى يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى إلى المقعد في
العبد الثاني .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى زيتاً على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه
بكل ظرف خمسين رطلاً فهو فاسد وإن اشترى على أن يطرح عنه) أي يطرح البائع عن
المشتري (بوزن الظرف جاز) أي البيع (لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد) فإن
مقتضاه أن يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد ، وعسى أن يكون وزنه أقل من ذلك أو
أكثر ، بشرط مقدار معين يخالف لمقتضاه ، وأيضاً ففيه نفع لاحد المتعاقدين من قبل ،
إن وزن الظرف لو كان أقل من خمسين يجب تكميله فيخرج عن البيع بعض الزيت ولا
يدرك ما مقداره ، وإن كان وزن الظرف أكثر وجب ضم نفس الظرف إلى الزيت ولا
يدري كم يكون .

(والثاني) أي الشرط الثاني وهو طرح وزن الظرف (يقتضيه) أي المقعد لان
طرح الظرف بوزنه شرط يوجب العقد لان الظرف غير مبيع وطرح وزن الظرف واجب
فيكون شرطاً ملائماً للعقد فلا يفسد المقعد به ، كذا في جامع البردوي (قال ومن اشترى
سمناً في زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال)
صورة المسألة في الجامع ، محمد عن يعقوب « رح » ، عن أبي حنيفة « رح » في رجل اشترى
من رجل السمن الذي في الزق ، كل رطل بدرهم فوزن له السمن والزق فبلغ مائة رطل
وقبضه المشتري ثم جاء فقال وجدت السمن تسعين رطلاً والزق هذا وزنه عشرة أرطال ،

فالقول قول المشتري ، لأنه اعتبر اختلافاً في تعيين الزق المقبوض ،
 فالقول قول القابض ضمناً كان أو أميناً ، وإن اعتبر اختلافاً في السمن
 فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن ، فيكون القول قول المشتري لأنه
 ينكر الزيادة ، قال وإذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو بشرائها
 ففعل ذلك ، جاز عند أبي حنيفة « رح » ، وقال لا يجوز على
 المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير ، وعلى هذا توكيل المحرم غيره
 ببيع صيده لهما ، إن الموكل لا يليه

وقال البائع الزق غير هذا وزنه خمسة أرتال والسمن خمسة وتسعون رطلاً ، قال هذا
 جائز (فالقول قول المشتري) أي مع يمينه إذا لم يعم البائع البينة .

(لانه) أي لان هذا الاختلاف (اعتبر) اختلافاً في تعيين الزق المقبوض فالقول
 قول القابض ضمناً كان (كالمغاصب) (أو أميناً) كالمودع (وإن اعتبر اختلافاً في السمن
 فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة) والقول
 قول المنكر مع يمينه ، فإن قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه المدول إلى
 الحلف ، أجيب بأن موجب إذا كان قصداً وهذا ضمنى لوقوعه في ضمن الاختلاف في
 الزق ، والفقهاء فيه أن الاختلاف الابتدائي في الثمن إنما يوجب التحالف ضرورة أن كل
 واحد منها يدع خلاف عقد الآخر ، وأما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب
 الاختلاف في العقد فلا يوجب .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو بشرائها
 ففعل ذلك جاز عند أبي حنيفة « رح » وقال لا يجوز على المسلم) يعني يبطل ولا ينفذ على
 المسلم ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم (وعلى هذا الخلاف الخنزير) إذا
 وكل المسلم نصرانياً ببيع خنزير أو شرائه (وعلى هذا) الخلاف ((توكيل المحرم) آخر
 (غيره ببيع صيده لهما) أي لابي يوسف « رح » ، ومحمد « رح » (ان الموكل لا يليه) أي

فلا يوليه غيره لان ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه
باشره بنفسه فلا يجوز ، ولا يبي حنيفة « رح » أن العاقد هو الوكيل
بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الأمر أمر حكمي فلا يمتنع
بسبب الاسلام كما إذا ورثهما . ثم إن كان خمرأ يخللها وإن
كان خنزيراً يسيبه ،

لا يلي الذي أمره للنصراني (فلا يوليه غيره) لان المسلم لا يملك بنفسه فلا يملك غيره ،
لان تمليك ما لا يملك لا يجوز كتركاج اليهودية (ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إليه) أي إلى
الموكل (فصار كأنه باشره بنفسه فلا يحزبه) فمباشرة بنفسه لا يجوز فكذا توكله به
(ولا يبي حنيفة « رح » أن العاقد هو الوكيل بأهليته) لان النصراني أهل المباشرة
ذلك (وولايته) أي وولاية العاقد ذلك (وانتقال الملك إلى الأمر أمر حكمي) جواب
عن قولهما كما ثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل بيانه أن انتقال الملك إلى الأمر وهو الموكل
حكمي ، يعني جبري لا اختياري فذلك لم يجعل كالمباشرة بنفسه (فلا يمتنع بسبب
الاسلام كما إذا ورثهما) أي كما إذا ورث المسلم الحر والخنزير بأن كان أبو المسلم نصرانياً
أسلم وتوكل خمرأ وخنزيراً فصار كمسلم له عبد نصراني مأذون أو مكاتب اشترى خمرأ
صح وثبت الملك للمولى فإن قلت الوراثة أمر جبري والتوكيل اختياري .
فأني بتشابهان ، أجيب بأن ثبوت الحكم أعني الملك للموكل بعد تحقق العلة أعني
مباشرة الوكيل جبري ، لذلك يثبت بدون اختياره شاء أو أبى في غير هذه الصورة
بالإتفاق كما في الموت .

(ثم) لما صح شراء الوكيل (إن كان) الموكل به (خمرأ يخللها) الموكل (وإن كان
خنزيراً يسيبه) لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة أشد الكراهة ، وقال الفقيه أبو الليث
« رح » فعلى قول أبي حنيفة « رح » لما جاز البيع ينبغي للمسلم أن يتصدق بالثمن ، وأما
قولهما أن الموكل لا يلبه فلا يوليه غيره منقوض بمسائل منها ، إن رجلاً لو وكل غيره بشراء
عبد بعينه فوكل هذا الوكيل غيره بشراء ذلك يجوز ويثبت الملك للوكيل ولا يملك هو أن

قال ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكتبه أو أمة
على أن يستولدها ، فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط ، وقد نهى النبي
ﷺ عن بيع وشرط ، ثم جملة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه

يشتره لنفسه ، ومنها أن القاضي إذا أمر ذمياً ببيع خمر أو خنزير خلفه ذمي آخر يصح
والقاضي لا يملك التصرف بنفسه .

ومنها أن الذي إذا وصى إلى مسلم وقد ترك خمراً أو خنزيراً ، فإن الموصى يוכל
ذمياً بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه ، وفي الجنازية المريض مرض الموت لو باع بما
يتغابن في مثله وعليه دين مستترقة لا يحوز ومن وصيه يحوز بعد موته وكذا لا يبيع الإمام
عروض الولد ووصيها يبيع العروض التي هي من ميراثها ، والقياس على تزويج المجوسي
مدفوع لأن حقوق العقد في باب النكاح راجعة إلى الموكل لا إلى الوكيل لأنه سفير وفي باب
الشراء والبيع على العكس .

(قال) أي القدوري « رح » في مختصره (ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو
يدبره أو يكتبه أو أمة) أي أو باع أمة (على أن يستولدها ، فالبيع فاسد لأن هذا بيع
وشرط ، والنبي ^(١) ﷺ نهى عن بيع وشرط) وفي بعض النسخ ، وقد نهى النبي ﷺ
عن بيع وشرط ، وهذا رواه أبو حنيفة « رح » عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده
أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ، ومطلق النهي يقتضي الفساد ولا خلاف في هذه
الجملة بيننا وبين الشافعي رضي الله عنه إلا في شرط العتق فعند الشافعي « رح » يحوز
ذلك وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » ، كذا في شرح الاقطع .

واختلف الفقهاء في البيع والشرط على ثلاثة أقوال قال أصحابنا البيع والشرط
كلاماً باطلاً ، وقال ابن أبي ليلى البيع جائز والشرط باطل ، وقال ابن شبرمة البيع
والشرط كلاماً جائزاً (ثم جملة المذهب فيه) أي الجملة الكلية والأصل الشامل بفروع
أصحابنا (أن يقال كل شرط يقتضيه العقد) أي يجب بالمقد من غير شرط (كشرط

(١) وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم - هامش .

العقد ، كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون
الشرط ، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين .
أو للمعقود عليه ،

الملك للمشتري) وشرط تسليم الثمن أو المبيع أو شرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن (لا
يفسد العقد) لأن كل هذه تثبت بطلان العقد (لثبوته بدون الشرط) أي لثبوت مطلق
العقد بدون هذا الشرط وذكره لا يفيد إلا تأكيداً (وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه)
أي والحال أن فيه (منفعة لأحد المتعاقدين) بأن اشترى حنطة على أن يطحنها للبائع أو
ثوباً على أن يخيطه ، أو باع عبداً على أن يخدم البائع شهراً ، أو داراً على أن يسكن فيه
البائع شهراً مثلاً ولو شرطاً لا يقتضيه العقد ، ولكن ورد الشرع بجوازها كالأجل ، والخيار
رخصة وتيسيراً فإنه لا يفسد العقد لأنه لما ورد الشرع به دل على أنه من باب المصلحة
دون المفسدة والقياس أن يفسد ، ولكن أخذنا بالإستحسان للحديث الوارد في باب
الخيار ولو شرطاً شرطاً أن يعطي لا يقتضيه العقد ولا ورد الشرع به لكنه يلائم العقد
ويوافقه نحو أن يشتري ، بشرط البائع كفيلاً بالثمن أو رهناً بالثمن ولم يعين الكفيل ولا
أشار إلى أحد فالبيع فاسد ، وكذلك إذا لم يسم الرهن ولا أشار إليه وإذاعينها بالإشارة
أو التسمية فالقياس أن لا يجوز البيع أيضاً ، وبه أخذ زفر « رح » ، وفي الإستحسان
يجوز وهو الصحيح والشرط في صحة اشتراط الكفالة حضور الكفيل في المجلس وقبوله ،
وإذا كان غائباً لا يجوز وإحضار الرهن في المجلس ليس بشرط .

وما لم يسلم الرهن إلى البائع لا يثبت فيه حكم الرهن ، فإن امتنع عن التسليم لا يجبر
عليه ، وعند زفر « رح » يجبر لكن عندنا يقال للمشتري إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو
تدفع الثمن أو تفسخ البيع ، فإن لم يقبل المشتري شيئاً من ذلك فللبائع أن يفسخ البيع
لأنه فات غرضه ، ثم أنه قال وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لأنه إذا كان في الشرط ضرر
لأحدهما بأن باع ثوباً أو حيواناً سوى الرقيق بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه ، ذكر في
المزارعة الكبيرة أنه لا يفسد بهذا الشرط ، وروي عن أبي يوسف « رح » أنه يفسد
والأول هو الصحيح (أو للمعقود عليه) أي أو في الشرط منفعة للمعقود عليه .

وهو من أهل الإستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا ، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعمرى العقد عن مقصوده ، إلا أن يكون متعارفاً لأن العرف قاض على القياس

(وهو) أي المفقود عليه (من أهل الإستحقاق) أي من أهل أن يستحق حقاً على الغير وهو الآدمي ، وقال بعض الشراح من أهل الإستحقاق أي من أهل الخصومة وليس هذا إلا الآدمي (يفسده) جواب قوله وكل شرط لا يقتضيه العقد ، أي يفسد العقد (كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه) أي في هذا الشرط (زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا) لأن الربا عبارة عن فضل حال عن العوض ، وهذا الشرط حال عن عوض لأن العاقدين تقابلا العوض مع العوض والشرط الذي شرطاه ليس في مقابلته عوض ، وفيه معنى المال ولهذا يجوز ، أخذ العوض عن الشرط ولم يعوض عنه بشيء في العقد فكان ربا ولهذا يجاب عما يقال لا تطلق الزيادة إلا على المجانس للزائد عليه والشرط منفعة فكيف يكون ربا .

(أو لأنه) أي ولأن هذا الشرط (يقع بسببه المنازعة) لأنه ذريعة إلى وقوع النزاع لتمكن المطالبة بينها بهذا الشرط (فيعمرى العقد عن مقصوده) أي مقصود العقد أي منه وهو التملك والتملك وقيل المقصود من العقد قطع المنازعة .

وقال الأتازي مقصود العقد هو الإسترياح (إلا أن يكون متعارفاً) هذا استثناء من قوله يفسده ، أي إلا أن يكون للشرط متعارفاً بين الناس ، كما لو اشترى نعلاً أو شراكين بشرط أن يحدده البائع فلا يفسد به البيع (لأن العرف قاض على القياس) لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » أو ثابت بالإجماع ، فيكون العرف راجحاً على القياس إما بالنص أو بالإجماع ولأن التورع من العادة الظاهرة حرج بين ، والحرج مدفوع الكل من المبسوط لا يقال فساد البيع بشرط ثابت بالحديث ، والعرف ليس بقاض عليه لأنه معلول بوقوع

ولو كان لا يقتضيه العقد ، ولا منفعة فيه لأحد ، لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعه ، لأنه انعدمت المطالبة ، فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة ، وإذا ثبت هذا ، نقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام حتماً ، والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه ، والشافعي « رح » وإن كان يخالفنا في العتق

النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث .

(ولو كان) أى الشرط (لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده) أى لا يفسد للعقد لأن الشرط يلغو أو يصح العقد (وهو الظاهر من المذهب) يعني عدم فساد العقد وآخر الشرط هو الظاهر من مذهبنا واحتراز به عما روي عن أبي يوسف « رح » حيث قال يبطل العقد ، ثم ذكر صورة هذا بقوله (كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة) أى من الدابة لأنه لا يطالبه بهذا الشرط (فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة) فكان الشرط لغواً .

(إذا ثبت هذا) يعني ما ذكره في أول المسألة بقوله ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها ، فالبيع فاسد (نقول هذه الشروط) أى الإعتاق والتدبير والكتابة والإستيلاء (لا يقتضيها العقد لأن قضيته) أى قضية العقد (الإطلاق في التصرف والتخيير) أى إطلاق التصرف في المبيع للمشتري باختياره كيف شاء من غير تقييد تصرف دون تصرف (لا الإلزام حتماً) أى دون الإلزام على تصرف واحد على سبيل الحتم ، أي الوجوب والشرط يقتضي الإلزام حتماً وبينهما منافاة ظاهرة وهو معنى قوله (والشرط يقتضي ذلك) أى الإلزام (وفيه) أى في هذا الشرط أيضاً .

(منفعة للمعقود عليه) وقد بيناه فيما مضى (والشافعي رضي الله عنه ، وإن كان

ويقيسه على بيع العبد نسمة ، فالحجة عليه ما ذكرناه ، وتفسير
البيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لأن يشترط فيه ،
فلو أعتقه المشتري

بخالفنا في العتق) حيث يقول بيع الرقيق بشرط العتق يحوزه ، لكن هذا في قول منه ،
وفي شرح الوجيز في بيع الرقيق بشرط العتق قولان أحدهما انه لا يصح ، وبه قال
مالك « رح » وأحمد « رح » وأبو حنيفة « رح » في رواية الحسن فيه وفي قول الشرط
باطل والبيع جائز (ويقيسه) أي الشافعي رضي الله عنه يقيس هذا (على بيع العبد
نسمة) ومعناه يأتي الآن لأن المصنف « رح » ذكره ، وقال الأترابي انتصاب نسمة على
الحالة على معنى معرض للعتق ، وذلك أن القسمة لما ذكرها في مثل قوله عليه الصلاة
والسلام ، فك رقبة ، واعتق النسمة ، صارت كأنها لاسم لما هو معرض للعتق فعوملت
معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الأفعال ، كذا قال المطرزي « رح » والنسمة النفس مشتقة
من نسيم الريح .

(والحجة عليه) أي على الشافعي « رح » (ما ذكرناه) وهو أنه عليه الصلاة
والسلام نهى عن بيع وشرط ، وقد مضى (وتفسير البيع نسمة أن تباع ممن يعلم أنه
يعتقه لأن يشترط) أي العتق (فيه) أي في العبد ، وقال السفناقي « رح » قوله ، ويقيسه
على بيع العبد نسمة غير مستقيم على ما ذكره في المبسوط من تفسير الشافعي رضي الله عنه ،
بيع العبد نسمة حيث قال من جانب الشافعي رضي الله عنه لأن الشراء بشرط الإعتاق
متعارف بين الناس لأن بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وغيرها ، ثم قال وتفسيره
البيع بشرط العتق وكان بيع العبد نسمة على ذلك التفسير عن البيع بشرط العتق ،
فحينئذ يلزم قياس الشيء على نفسه وذلك باطل ، وقال الكاكي « رح » يمكن أن يحاب
عنه ، وقال الأترابي « رح » كيف صح تفسير المصنف « رح » البيع نسمة ، صح قياس
الشافعي « رح » البيع بشرط العتق عليه لأن المقيس والمقيس عليه غير أن ما على ما قاله
صاحب المبسوط فلا وجه له لأن المقيس هو المقيس عليه بعينه .

(فلو أعتقه المشتري) أي فلو أعتق العبد المشتري الذي شرط عتقه البائع في العقد

بعدما اشتراه بشرط العتق ، صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند
أبي حنيفة « رح » ، وقالوا يبقى فاسداً حتى تجب عليه القيمة لأن البيع
قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً ، كما إذا تلف بوجه آخر ، ولأبي
حنيفة « رح » ، إن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما
ذكرناه ، ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والشئ
بانتهاه يتقرر ، ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب ، فإذا
تلف وجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر الفساد ، وإذا وجد العتق
تحقت الملائمة فترجح جانب الجواز

(بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة « رح » ،
وقالوا يبقى فاسداً) كما كان (حتى تجب عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب
جائزاً كما إذا تلف بوجه آخر) بأن مات أو قتله أو باعه ، وفي المبسوط قولهما قياس ،
وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » ، وقال في التحفة لو أعتقه قبل القبض لم ينفذ عتقه وإن
أعتقه بعد القبض عتق فانقلب العقد جائزاً استحساناً ، في قول أبي حنيفة « رح » ، وقال
لا ينقلب العقد جائزاً إذا أعتقه حتى يجب عليه قيمة العبد ، ووجوب الثمن دليل الجواز
ووجوب القيمة دليل الفساد .

(ولأبي حنيفة « رح » ، أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه)
إشارة إلى قوله لأن قضية الإطلاق في التصرف (ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه) أى لأن
العتق (منه للملك والشئ بانتهاه يتقرر ولهذا) إيضاح لقوله والشئ بانتهاه يتقرر
(لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب) يستدل به على أن العتق مقرر للملك ومتم له ،
إذ لو كان مزيلاً لنع الرجوع بالنقصان كالعيب (فإذا تلف بوجه آخر لم يتحقق الملائمة)
لأنه يقرر الفساد لصورة الشرط دون الحكم وهو معنى قوله (فيتقرر الفساد وإذا وجد
العتق تحقت الملائمة) باعتبار الملائمة بالعتق (فيترجح جانب الجواز) على جانب

فكان الحال قبل ذلك موقوفاً ، قال وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً ، أو داراً على أن يسكنها ، أو على أن يقرضه المشتري درهماً أو على أن يهدي له هدية لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لأنه عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع ، وقد نهى

الفساد (فكان الحال قبل ذلك موقوفاً) أي كان حال العقد موقوفاً قبل الإعتاق بين بقائه فاسداً أو انقلابه إلى الجواز بالإعتاق ، فلما وجد الإعتاق ترجح جانب الجواز فانقلب جائزاً .

(قال) أي القدوري (وكذلك) يفسد (لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها ، أو على أن يقرضه المشتري درهماً أو على أن يهدي له هدية) فالبيع فاسد (لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولأنه عليه الصلاة والسلام) أي لأن النبي ﷺ (نهى عن بيع وسلف) هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة . إلا ابن ماجه اختصره من حديث عبد الله بن عمر ، وابن العاص « رح » قال قال رسول الله ﷺ لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا يبيع ما ليس عندك ، وقال الترمذی « رح » حديث حسن صحيح ورواه محمد بن الحسن « رح » في كتاب الآثار وفسره وقال ، أما السلف والبيع فالرجل للرجل أبيعمك عبدي هذا بكذا أو كذا على أن تقرضني كذا وكذا ، وأما الشرطان في البيع فالرجل يبيع الشيء بألف حالاً ومؤجلاً بألفين ، وأما ربح ما لم يضمن فالرجل يشتري الشيء فيبيعه قبل أن يقبضه بربح (ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما) يعني شيئاً من الثمن (يكون إعارة في بيع) وكل ذلك فاسد .

(وقد نهى النبي ﷺ عن صفتين في صفقة) هذا الحديث رواه أحمد « رح » في

النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة ، قال ومن باع عيناً على أن لا يسلمه
إلى رأس الشهر فالبيع فاسد ، لأن الأجل في المبيع العين باطل ،

مسنده بإسناده إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قال نهى رسول الله ﷺ عن
صفقتين في صفقة .

قال أسود بن عامر أحد رواة الحديث قال شريك هو الآخر من رواية هو أن يبيع
الرجل بيعاً فيقول هذا نقد بكذا ونسيئة بكذا ، وروى العقيلي « رح » من طريق سماك
مرفوعاً الصفقة في الصفقتين ربا ، وروى الترمذي « رح » من حديث أبي هريرة رضي
الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيعين ، والصفقة في اللغة ضرب اليد على اليد في البيع كذا
ذكره في جمل اللغة ، ويراد بها في العقد لأن أحد المتعاقدين يضع يده على يد الآخر إذا
أراد العقد ، وروى الترمذي « رح » من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ
نهى عن بيعتين فيبيعة ، قال الترمذي « رح » من بعض أهل العلم أن يقول الرجل أبيعك
هذا الثوب نقداً بعشرة ونسيئة بعشرين فلا مفارقة على أحد البيعتين ، فإذا فارق على
أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على واحد منهما ، وقال الشافعي رضي الله عنه ومعنى
نهى النبي ﷺ عن بيعتين فيبيعة ، أن يقول أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبيني
غلامك بكذا ، فإذا وجب لي غلامك وجبت لك دارى وهذا تفارق عن بيع بثمن
معلوم ، ولا يدرى كل واحد منهما على ما وقعت عليه صفقته انتهى .

وبقولنا قال الشافعي رضي الله عنه وعن مالك « رح » أنه إذا شرط من منافع
المبيع يسير السكنى في الدار يوماً صح ، وقال أحمد « رح » أما شرط سكنى الدار يوماً أو
يومين لم يفسده بعدم الإفضاء إلى المنازعة ظاهراً ، وقال ابن أبي ليلى وإبراهيم النخعي والحسن
البصري « رح » البيع جائز والشرط فاسد ، وقال ابن شبرمة « رح » البيع صحيح
والشرط صحيح وإليه ذهب الأوزاعي وأحمد « رح » في بيع الدار بشرط سكنائها
وبيع دابة بشرط ظهرها .

(قال) أى القدورى (ومن باع عيناً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر ، فالبيع
فاسد لأن الأجل في المبيع العين باطل فيكون شرطاً فاسداً) وبه قال الشافعي رضي

فيكون شرطاً فاسداً وهذا لأن الأجل شرع ترفيهاً فيليق بالديون دون الأعيان ، قال ومن اشترى جارية إلا حملها فالبيع فاسد والأصل أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقد والحمل من هذا القليل وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقه وبيع الأصل يتناولها ، فالاستثناء يكون على

خلاف الموجب

الله عنه وكذا في الثمن المعين عنده لا يصح تأجيله لعدم الفائدة ، واحترز بالبيع المعين إذا كان المبيع ديناً كالسلم فيه ، فإن الأجل فيه صحيح (وهذا) أى بطلان الأجل في المبيع المعين (لأن الأجل شرع ترفيهاً) أى تيسيراً (فيليق بالديون دون الأعيان) لأن الدين غير حاصل فكان الأجل فيه إتباع المدة التي يتمكن المشتري من تحصيله فيها بالكسب ، أما المعين فحاصل فلا حاجة فيها إلى ذكر الأجل للترفيه .

(قال) أى القدوري « رح » (ومن اشترى جارية إلا حملها فسد البيع (١)) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح (والأصل) أى في هذا (أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقد والحمل من هذا القليل) فإن الجنين ما دام في بطن أمه فهو في حكم جزء منها ، كاليد والرجل ألا ترى أنه يقطع عنها بالمقراض ، وأجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصوداً فلا يكون مقصوداً بالاستثناء ، وهذا لأن الجنين في البطن مجهول لا يدري أذكر أم أنثى أو خنثى واحد أو أكثر (وهذا) أى كون الجنين من هذا القليل (لأنه بمنزلة أطراف الحيوان) كما ذكرنا وذلك (لاتصاله به خلقه) أى لاتصال الجنين بالأم من حيث الخلقة .

(وبيع الأصل يتناولها) أى يتناول الأطراف ، وفي بعض النسخ يتناولها أى يتناول الأم والحمل ، وفي بعض النسخ يتناول أى يتناول الحمل فإذا كان كذلك (فالاستثناء يكون على خلاف الموجب) أى موجب العقد لأن العقد يوجب أن يكون الحمل بيعاً

(١) فالبيع فاسد - هامش .

فلم يصح فيصير شرطاً فاسداً ، والبيع يبطل به والكتابة والإجارة
والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة ، غير أن المفسد
في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها ، والهبة والصدقة والنكاح
والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل ، بل يبطل
الإستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة ،

غير مقصود (فلم يصح فيصير شرطاً فاسداً والبيع يبطل به) أى بالشرط الفاسد
(والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع) ذكر هذه المسألة تقريراً لمسألة القدورى
« رح » ، وذلك نحو ما إذا كاتب عبده على جارية إلا حملها أو اجر داره على جارية
إلا حملها أو رهن جارية إلا حملها ، ففي الكل يفسد العقد كما يفسد البيع (لأنها) أى
لان الكتابة والاجارة والرهن (تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة)
استثناء من قوله تبطل بالشروط الفاسدة ، يعنى هذه الاشياء الثلاثة تبطل بالشروط
الفاسدة إلا أن المفسد أى الشرط المفسد في الكتابة (ما يتمكن في صلب العقد منها)
أى من الشروط المفسدة ، كالكتابة على الخمر أو الخنزير أو على قيمته حيث دخل في
البدل ، واما إذا لم يكن في صلب العقد منها كما إذا شرط على المكاتب ان لا يخرج من
اليد فله ان يخرج ، والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع إنتهاء لانه مال في حق المولى
ولا يصح إلا ببدل معلوم ، ويحتمل الفسخ ابتداء او ما يشبه النكاح من حيث أنه ليس بمال
في حق نفسه ، ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب
العقد ، وبالنكاح فيما إذا لم يتمكن منه .

(والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل ، بل
يبطل الإستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة) لأن الفساد باعتبار إفضائه
إلى الربا وذلك لا يتحقق إلا في المعاوضات وهذه تبرعات وإسقاطات ، وصور هذه
الأشياء بأن قال وهبت هذه الجارية لك إلا حملها أو تصدقتها عليك إلا حملها أو حبلتها
مهر أو بدل الخلع أو بدل الصلح عن دم العمد إلا حملها ، فإن قلت الهبة من قبل التمليكات

وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثاً
والجارية وصية لأن الوصية أخت الميراث ، والميراث يجري فيما في
البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها ،
قال ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيط قميصاً أو قباء ،
فالبائع فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ،
ولأنه يصير صفقة في صفقة على ما مر ، قال ومن اشترى نعلًا
على أن يحذوه البائع

ينبغي أن يفسد بالاستثناء ، قلت سلمنا ذلك ولكن عرفنا بالنص أن الشرط المفسد لا
يفسدها ، فإنه ^{مطابق} أجاز العمري وأبطل شرط للممر حق يصير العمري لورثة الموهوب
له لا لورثة الممر إذا شرط عوده وصح العقد وبطل الاستثناء .
(وكذا الوصية لا تبطل به) أي باستثناء الحمل (لكن يصح الاستثناء) بأن قال
أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها (حق يكون الحمل ميراثاً والجارية وصية) يعني
يكون للموصي له (لأن الوصية أخت الميراث) من حيث أن الملك في كل منهما يحصل بعد
الموت (والميراث يجري فيما في البطن) لأنه عين (بخلاف ما إذا استثنى خدمتها) يعني
أوصى بجارية لفلان واستثنى خدمتها ، لا يصح الاستثناء وقيل بطل حتى تكون الجارية
وخدمتها جميعاً للموصي له (لأن الميراث لا يجري فيها) لأنها ليست بعين ، وفي بعض
النسخ لا يجري فيه ذكر ضمير الخدمة باعتبار المذكور (ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه
البائع ويخيطه قميصاً أو قباء ، فالبائع فاسد) وهو من مسائل القدوري « رح » لا خلاف
فيه للأربعة (لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين) يعني للمشتري
(ولأنه) أي ولأن هذا العقد (يصير صفقة في صفقة) يعني إجارة في بيع أو إعارة في
بيع (على ما مر) أشار به إلى قوله ولأنه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلها شيء من
الثلث إلى آخره (ومن اشترى نعلًا على أن يحذوه البائع) النعل الصرم تسمية الشيء بإسم
ما يؤول إليه قال الجوهر الصرم الجلد فارسي معرب ومعين يحذوها يجعلها مساوياً للآخر

أو يشركه فالبيع فاسد ، قال ما ذكره . جواب القياس ، ووجهه
ما بينا ، وفي الإستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب ،
وللتعامل جوازنا الاستصناع ،

(أو يشركه) من التشريك وهو وضع الشراك وفي الصحاح شركت نملي جمعت له شراكاً
والتشريك فله ، والشراك هو أحد سيور النمل التي تكون على وجهها (فالبيع فاسد)
وهو القياس فلذلك قال المصنف بقوله (قال) أي المصنف بقوله (ما ذكره) أي ما
ذكره القدوري « رح » من قوله فالبيع فاسد .

(جواب القياس ووجهه) أي وجه القياس (ما بينا) أراد به قوله لأنه شرط لا
يقتضيه العقد إلى آخره ، وبالقياس قال زفر والشافعي « رح » في الأصح (وفي الاستحسان
يجوز للتعامل فيه فصار) أي فصار جواز شرك النمل بشرط حذو البائع وتشريكه
(كصبغ الثوب) أي كجواز صبغ الثوب ، يعني لو استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه ففي
القياس لا يجوز لأنه عقد على استهلاك العين وهو الصبغ والاجارة ، بيع المنافع لا بيع
العين وفي صبغه يلزم بيع العين ولهذا لا يجوز استئجار البقرة لشرب اللبن ، وكذا ترك
القياس في استئجار الحمام والظئر لأن فيها استهلاك الماء واللبن (وللتعامل جوازنا
الإستصناع) مع أن القياس يأباه لأنه بيع المدوم ، ومن أنواع التعامل ما ذكره في شرح
الطحاوي « رح » ما لو اشترى صرماً أي جلدأ على أن يجوز البائع له خفأ ، أو اشترى
قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع من عنده ، جاز البيع بهذا الشرط للتعادل .

وفي المبسوط اشترى شاة بشرط أنها حامل فالعقد فاسد ، وبه قال الشافعي رضي
الله عنه في قول وقال في الأصح يصح وهو رواية الحسن « رح » ، وقال بعض أصحابه
القولان في غير الآدمي ، أما في الجوارى يصح قولاً واحداً ، وذكر هشام « رح » عن
محمد « رح » إشتري جارية على أنها حامل يجوز البيع إلا أن يظهر أن المشتري يريد لها
للظورة فعينئذ يفسد ، وعن الهندواني « رح » لو شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن
البائع يذكره على بيان العيب عادة ، ولو وجد في المشتري يفسد لأنه ذكره على وجه

قال والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ،
إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل ، وهي مفضية
إلى المنازعة في البيع لابتنائها على الماكسة ، إلا إذا كانا يعرفانه
لكونه معلوماً عندهما

اشتراط الزيادة (والبيع إلى النيروز) أصله النيروز ولكن لما يكن في أوزان العرب
فيقول أبدلوا الواو ياء وهو يوم في طرف الربيع (والمهرجان) معرب مهر كان وهو يوم
في طرف الخريف ، وقال في ربيع كوشياء النيروز أول يوم من فروردن ماه والمهرجان هو
اليوم السادس عشر من مهرماه ، قلت فروردين ماه أول أشهر الفرس ، ومهرماه هو
الشهر السابع من السنة عندهم .

(وصوم النصارى وفطر اليهود) خص الصوم بالنصارى ، والفطر باليهود لاحتمال أن
يكون مبدأ صوم اليهود معلوماً دون صومهم ، ألا ترى أن التأجيل إذا كان إلى فطر
النصارى بعدما شرعوا في صومهم يصح ، لأن مدة صومهم بالأيام معلومة وهي خمسون
يوماً (إذا لم يعرف المتبايعان) أي المشتري والبائع (ذلك) أي وقت هذه الأشياء
(فاسد) خبر المبتدأ أعني قوله ، والبيع إلى النيروز وما بعده عطف عليه والفساد
(لجهالة الأجل) لأن هذه الآجال ليست من آجال المسلمين ، فإنهم لا يعرفون وقت ذلك
عادة حتى لو كانت معلومة عند المتبايعان ، جاز البيع بمنزلة الألهة .

(وهي) أي جهالة الأجل (مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائها) أي لابتناء البيع ،
وفي بعض النسخ لابتنائها ، قال الأتزازي « رح » أنث الضمير راجع إلى البيع على
تأويل المعاوضة أو الصفقة ، وما قبل الضمير راجع إلى المنازعة فليس بشيء (على
الماكسة) أي على المجادلة في النقصان ، والماكسة موجودة في المبايعة إلى هذا الأجل
لابتناء المبايعة على الماكسة (إلا إذا كانا) استثناء من قوله فاسد ، أي إلا إذا كان
المتبايعان (يعرفانه) أي الأجل .

(لكونه معلوماً عندهما) لارتفاع الجهالة ، ومعرفة غيرها لا يعتبر لأن الأجل

حق لهما .

أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لأن
مدة صومهم بالأيام معلومة ، فلا جهالة فيه ، قال ولا يجوز البيع
إلى قدوم الحاج ، وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطاف والجزار ،
لأنها تتقدم وتتأخر ،

وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ، وفي قول ابن أبي ليلى « رح » جاز
البيع إلى هذه الآجال لأن التفاوت قليل ، وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع
الصغير ، والتوكيل إلى هذه الأوقات يجوز لأن الكفالة عقد تبرع ، ومبنى التبرع على
المساهلة ولهذا صحت الكفالة بالمجهول بأن قال ماذا لك على فلان فهو علي ، فجهالة الأجل فيها
إذا كانت يسيرة مستدركة ، لا تمنع صحة الأجل ولو كانت غير مستدركة ، كالكفالة إلى
هبوب الريح أو إلى أن تمطر السماء صحت الكفالة ولا يصح الأجل ويكون حالاً (أو كان
التأجيل إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم بالأيام معلومة)
وهي خمسون يوماً كما ذكرنا وإذا كانت معلومة (فلا جهالة فيه) فلا مانع من الجواز
(ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج وكذلك إلى الحصاد) أي قطع الزرع ، ويجوز في
الحاء الفتح والكسر (والدياس) من الدوس وأصله دواس قلبت الواو بالإنكسار ما
قبلها ، والدوس شدة وطىء الشيء بالقدم وفي الجبوب أن يوطىء بقوائمه الدواب
(والقطاف) قطع العنب عن الكرم ، وقال الكاكي « رح » القطاف بالفتح والقطف بالكسر
عقود المعتب ^(١) (والجزاز) بالزائين المعجمتين من جنى الصوف وغيره إذا قطعه ، قال
الكاكي « رح » والمراد هنا وقت جزاز النخل وبه صرح في المبسوط ، وقال فخر
الإسلام « رح » في شرح الجامع الصغير الجزالة فيما يجز من الرطاب وكذلك جزاز النخل
(لأنها) أي لأن أوقات هذه الأشياء (تتقدم وتتأخر) وليس لها وقت معلوم قطعاً
وذلك باختلاف الحر والبرد .

(١) هكذا وردت في الاصل وأظن أن الصحيح العنب ا هـ - مصححه .

ولو كفل إلى هذه الاوقات جاز لان الجهالة يسيرة متحملة في الكفالة ، وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة « رض » فيها ، ولانه معلوم الاصل ألا ترى أنها تحتل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ، ففي الوصف بطريق أولى بخلاف البيع ، فإنه لا يحتملها في أصل الثمن ، فكذا في وصفه بخلاف ما إذا باع مطلقاً

(ولو كفل إلى هذه الاوقات ، جاز لان الجهالة يسيرة متحملة في الكفالة ، وهذه الجهالة يسيرة مستدركة) أي يمكن قداركها وإزالة جهالتها (لاختلاف الصحابة فيها) أي في الحال المذكورة يعني البيع اليها فاسد عند عامة الصحابة ، وعن عائشة رضي الله عنها أنها أجازت البيع إلى العطاء ، وروى البيهقي « رح » في كتاب المعرفة من طريق الشافعي رضي الله عنه أنه أخبرنا ابن عيينة عن عبد الكريم الخدري عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ، قال لا تبيعوا إلى العطاء ولا إلى الدر ولا إلى الدياس ، وقال الاترازي « رح » أجازت عائشة رضي الله عنها البيع إلى العطاء محمول عندنا على أنها إنما أجازت ، لان الخلفاء لم يكونوا يخلفون الميعاد فلم يختلف ، فأما بعد ذلك فقد تغير الامر فصار من جنس ما يتقدم ويتأخر .

(ولانه معلوم الاصل) أي ولان الدين في الكفالة معلوم الاصل ، وإنما المجهول وصفه وهو الاجل ، والوصف تابع للأصل ، والجهالة في أصل العين متحملة ، فنفي وصفه بطريق الاولى وهو معنى قوله (ألا ترى أنها) أي أن الكفالة (تحتل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب) أي بما وجب (على فلان ففي الوصف بطريق الاولى) لان الوصف لا يفترق من الأصل ، فإذا جاز في الأصل الذي هو الأعلى ، ففي الوصف الذي هو الأدنى بالطريق الأولى (بخلاف البيع ، فإنه لا يحتملها) أي الجهالة (في أصل الثمن ، فكذا في وصفه) وهو الأجل إذ الوصف لا يخالف الأجل (بخلاف ما إذا باع مطلقاً) أي بدون

ثم أجل الثمن إلى هذه الاوقات ، حيث جاز لان هذا تأجيل في الدين ،
وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ، ولا كذلك اشتراطه في أصل
العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ، ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا
بإسقاط الاجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم
الحاج جاز البيع أيضاً ، وقال زفر « رح » لا يجوز لانه وقع فاسداً
فلا ينقلب جائزاً ، وصار كإسقاط الاجل في النكاح إلى أجل ، ولنا
أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقررره وهذه الجهالة في شرط زائد

ذكر الأجل (ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز ، لأن هذا تأجيل في الدين ، وهذه
الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه) أي اشتراط التأجيل (في أصل
العقد لانه) أي لأن العقد (يبطل بالشرط الفاسد ، ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا)
أي المتعاقدان (بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس ، وقبل قدوم
الحاج جاز البيع أيضاً) وقوله لو باع إلى قوله جاز البيع ، من كلام القدوري « رح »
وقوله أيضاً من كلام المصنف « رح » ، لأنه قال قبل هذا بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل
الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز .

(وقال زفر « رح » لا يجوز) أي لا ينقلب إلى الجواز ، وبه قال الشافعي رضي الله
عنه في الأصح (لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً) بإسقاط المفسد (وصار كإسقاط
الأجل في النكاح إلى أجل) يعني في النكاح المؤقت بقول زفر « رح » ، هذا على أصلكم لا
يصح النكاح إذا سقط الوقت ، وكذا في المسألة المتنازع فيها ، وعند زفر « رح » ، النكاح
إلى أجل جائز والشرط باطل ، وقال الأكل « رح » ، وهذا استدلال من جانب زفر « رح » ،
بما لم يقل به وهو ليس على ما يبقى (ولنا أن الفساد) في البيع المذكور (للمنازعة وقد
ارتفعت قبل تقررره) أي قبل تقرر الفساد .

(وهذه الجهالة في شرط زائد) وهو جهالة الأجل المفضي إلى المنازعة المانعة من

لا في صلب العقد . فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد ، لأن الفساد في صلب العقد ، وبخلاف النكاح إلى أجل لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح ، وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه ، قال ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، وقال أبو يوسف « رح » ، وعمد « رح » ، إن سمي لكل واحد منها ثمنًا

التسليم والتسلم (لا في صلب العقد) وهو أحد البدلين (فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد) قبل التقرر وقوله ، وهذه الجهالة إلى آخره جواب عما يقال أن الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها ، كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد ، وقد علم الجواب ، وأما القياس على بيع الدرهم بالدرهمين فغير صحيح (لأن الفساد في صلب العقد) يعني في أحد الموضين (وبخلاف النكاح) هذا أيضاً جواب عن قوله كإسقاط الأجل بيانه أن النكاح (إلى أجل) يعني إلى وقت (لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح رأساً) لأن عقد النكاح مندوب إليه ، والمتعة منهية فلا يمكن العود إلى النكاح ، عند إسقاط الأجل لعدم عقد النكاح رأساً .

(وقوله) أي قول القدوري « رح » (في الكتاب) أي في مختصره المنسوب إليه (ثم تراضيا خرج وفاقا) يعني على سبيل الاتفاق (لأن من له الأجل يستبد) أي يستقبل وينفرد (بإسقاطه لأنه خالص حقه) فيختص به (قال) أي القدوري « رح » (ومن جمع بين حر وعبد) أي في البيع (أو شاة) أي أو جمع بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيها) أي في الصورتين ولم يذكر القدوري « رح » الخلاف .

وقال المصنف « رح » (وهذا) أي البطلان (عند أبي حنيفة « رح ») يعني باطل مطلقاً سواء وصل الثمن أولاً ، وبه قال مالك « رح » ، والشافعي « رح » في قول ، وأحمد « رح » في رواية (وقال أبو يوسف « رح » ، وعمد « رح » ، إن سمي لكل واحد منها ثمنًا

جاز في العبد والشاة الذكية ، وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده
وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة ،
وقال زفر «رح» ، فسد فيهما ومتروك التسمية عامداً كالميتة والمكاتب ،
وأم الولد كالمدبر له ، الاعتبار بالفصل الاول إذ محلية البيع
منتفية بالاضافة إلى الكل ،

جاز في العبد والشاة الذكية (وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول ، وأحمد «رح» في
رواية (وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده) أي او جمع في البيع بين عبده (وعبد
غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن في قول الثلاثة «رح») أي في قول أبي حنيفة
«رح» وصاحبه .

(وقال زفر «رح» فسد البيع ^(١) فيهما) أي في المدبر والعبد جميعاً ، وقيل في
الجمعين بين كورين وهو الجمع بين الحر والعبد والجمع بين المدبر والعبد (ومتروك التسمية
عامداً كالميتة) هذا عن كلام المصنف «رح» ذكره تفريعاً على كلام القدوري «رح» يعني
إذا ضم الذكية مع متروك التسمية يبطل البيع ، ونصب عامداً على الحال عن المقدّر تقديره
ومتروك فارك التسمية حال كونه عامداً ، وقيد بالعمد لأن بالنسيان لا يضر على ما عرف ،
فإن قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع المذكي كبيع القن
مع المدبر ، أجيب بأنه ليس مجتهد فيه بل خطأ بين لمخالفة الدليل الظاهر ، وهو قوله
تعالى ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ أَسْمَاءُ اللَّهِ عَلَيْهِ ۖ ﴾ ١٦١ الأنعام ، حتى أن القاضي إذا قضى
بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحر والعبد في البيع (والمكاتب وأم الولد
كالمدبر) يعني إذا ضم المكاتب أو أم الولد مع العبد يصح البيع في العبد بحصته من الثمن
(له) أي زفر رحمه الله (الاعتبار بالفصل الأول) يعني الاعتبار بالجمع بين الحر والعبد
(إذ محلية البيع منتفية) لأن كون المحل لجواز البيع منتفية (بالإضافة إلى الكل) يعني

(١) عند علمائنا - هامش

ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن ، كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ، ولا ي حنيفة « رح » . وهو الفرق بين الفصلين إن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لانه ليس بمال ، والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد ، وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل الفاسد ،

بإضافة انتفاء الحلية إلى الجميع ، وقال تاج الشريعة « رح » أي كل واحد منهما ليس بمحل للبيع .

(ولهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أن الفساد بقدر المفسد) يعني بقدر ما يفسده إذا سمى لكل واحد منهما ثمناً ، إذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو يختص به (فلا يتعدى إلى القن) كما في المدبر إذا ضم مع العبد (كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح) أي في عقد النكاح (بخلاف ما إذا لم يفصل ثمن كل واحد) من الحر والعبد حيث يبطل البيع فيها جميعاً (لأنه مجهول) أي لجهالة الثمن . (ولأبي حنيفة رضي الله عنه وهو الفرق بين الفصلين) أي بين فصل الحر وفصل المدبر مع القن (إن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة) بدليل أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر (فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد وهذا شرط فاسد) والبيع يبطل بالشرط الفاسد (بخلاف النكاح لأنه لا يبطل الفاسد) .

جواب عن قياسها على النكاح ، وهو قياس بالفارق لأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف المبيع فإنه يبطل ، وقال الأكل رحمه الله وفيه بحث ، أما أولاً فلأنه إذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة ، وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطاً للبيع في العبد ، وأما ثانياً فلأن الشرط الفاسد وهو ما يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربا ، وليس في قبول العقد في الحر منفعة

وأما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام
المالية ، ولهذا ينعقد في عبد الغير بإجازته ، وفي المكاتب برضاه
في الاصح ، وفي المدبر بقضاء القاضي ، وكذا في أم الولد عند أبي
حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» ،

أحدهما أو المعقود عليه فلا يكون شرطاً فاسداً ، وأما ثالثاً فلأن قبول العقد في الحر إنما
يكون شرطاً لقبول العقد في العبد إذا صح الإيجاب فيها لثلا يتضرر البائع بقبول العقد في
أحدهما دون الآخر ، ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر ، وأجيب عن
الأول بأن الصفقة متحدة في مثله إذا لم يكن البيع أو الشراء ، وعن الثاني بأن في
قبول العقد في الحر منفعة للبائع فإنه إذا باعها بألف والحر ليس بمال يقابله بدل ، فكأنه
قال بعث هذا العبد بخمس مائة على أن تسلم أي خمس مائة أخرى فينتفع بفضل مال عن
العوض في البيع وهو الربا ، والثالث بأن الإيجاب إذا صح فيها صح العقد والشرط جميعاً
فلا يكون فيما نحن فيه ، وإذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين ، وثم جواب زفر «رح»
عن التزيد بينهما .

(وأما البيع في هؤلاء موقوف) متصل بقوله أن الحر لا يدخل تحت العقد ، وأراد
بهؤلاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير (وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية) فإنها
باعتبار الرق والتقويم وهما موجودان ، ولكن حكم البيع لا يثبت فيهم بل يرد صيانة
لحقهم ، ولهذا لا يخرجون من أن يكونوا محلاً للبيع .

(ولهذا) أي ولكون بيع هؤلاء موقوفاً (ينعقد) البيع (في عبد الغير بإجازته)
أي في إجازة الغير وهو مولاه (وفي المكاتب) أي ينعقد البيع في المكاتب (برضاه
في الاصح) إحترز به عما روى في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» ، إنه لا
يصح (وفي المدبر) أي ينعقد البيع في المدبر (بقضاء القاضي) فإنه إذا قضى ببيع
المدبر فإنه يحوز .

(وكذا) أي وكذا يحوز (في أم الولد) أي في بيعها (عند أبي حنيفة وأبي

إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم
ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء ، كما إذا اشترى عبيدين
وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير
المبيع ولا بيعاً بالحصة ابتداء ،

يوسف « رح ») خلافاً لمحمد « رح » ، وكان فيه اختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم ،
فعمرو رضي الله عنه لم يحوزه ، وعلى رضي الله عنه جوزه ، ثم من بعدهم من السلف أجمعوا
على عدم جواز بيعها ، فالحاصل أن إجماع المتأخرين مع الاختلاف المتقدم ، فعندهما لا
يرفع إذ ليس لاجماع التابعين من القوة ما يرفع خلاف الصحابة ، فكان قضى في مجتهد
فيه فينفذ ، وعند محمد « رح » يرفع فكان القضاء مخالفاً للإجماع فلا ينفذ والمسألة أصولية ،
فإن قيل كيف يصح قوله موقوف ، وقد قال في أول الباب وبيع أم الولد والمدير
والمكاتب باطل فالجواب أنه باطل ، إذا لم يحز للمكاتب ولم يقض القاضي يجوز بيع
المدير وأم الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك .

(إلا أن المالك) استثناء من قوله دخلوا تحت العقد، يعني أن المالك (باستحقاقه المبيع)
وهو العبد الذي كان للغير (وهؤلاء) أى المدير والمكاتب وأم الولد (باستحقاقهم أنفسهم
ردوا البيع) وقال تاج الشريعة « رح » ، لأن المالك إلى آخره جواب من يقول لما دخل
هؤلاء تحت العقد لقيام المالية ينبغي أن لا يكون بيع هؤلاء فاسداً ، فأجاب بقوله إلا أن
المالك إلى آخره يعني أن البيع الموقوف إذا رد من له ذلك بطل ، وهنا كذلك فإت
المالك وهؤلاء ردوه ، ولهم ذلك لاستحقاق المالك واستحقاق هؤلاء أنفسهم (فكان
هذا) أى الوجه بالاستحقاق بعد الدخول (إشارة إلى البقاء) أى بقاء البيع لأن الرد
بالاستحقاق لا يكون إلا في البقاء فكان (كما إذا اشترى عبيدين وهلك أحدهما قبل القبض)
فإن العقد يبقى في الباقي بمحضته من الثمن بقاء الابتداء .

(وهذا) أى الجمع بين القن وأحد المذكورين (لا يكون شرط القبول في غير
المبيع ولا بيعاً) أى ولا يكون بيعاً (بالحصة ابتداء) بعدم ثابت دخولهم في البيع

ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في أحكامه

وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع ، وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ، ملك المبيع ولزمت قيمته ،

(ولهذا لا يشترط) حالة العقد (بيان ثمن كل واحد) من العبد والمدير (فيه) أى فيما إذا جمع بين القن والمدير أو عبد غيره ، وفي الكافي ولو جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الأصح . ولو باع كرمًا في مسجد قديم إن كان عامراً نقد البيع وإلا فلا وكذا في المعتبر .

(فصل في أحكامه)

أى هذا فصل في بيان أحكام البيع الفاسد (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد) إنما عبر بالفاسد لأن الباطل لا يفيد شيئاً (بأمر البائع) أى بإذنه صريحاً أو دلالة بأن يقبضه في المجلس بحضرته ، فإن لم يقبضه بحضرة البائع لم يملكه ، بخلاف الصريح فإنه يفيد مطلقاً .

(وفي العقد عوضان كل واحد منهما) يعنى مالا قيد به لفائدة وهي أنه إذا كان أحد العوضين أو كلاهما غير مال فالبيع باطل ، كالبيع بالميتة والدم ، وبالحر والبيع بالخمر والتحذير فاسد كما ذكره المصنف في أول باب البيع الفاسد ، وفي هذا الفصل شرع في بيان حكمها وهو القبض ، فقال وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد إلى آخره .

ثم ذكر خلاف الشافعي رضي الله عنه بما يدل على أنه لا يفرق بين الفاسد والباطل على ما نقف عليه الآن إن شاء الله تعالى (مال ملك المبيع ولزمت قيمته) أى قيمة المبيع وهو قول عامة المشايخ « رح » ، سوى أهل العراق فإنهم قالوا إن المشتري في البيع الفاسد بالقبض يملك التصرف ولا يملك المبيع ، استدلالاً بما قال في كتاب البيوع إن المشتري إذا اعتقه جاز عتقه ، وكان الولاء له لا للبائع لأن البائع سلطه على ذلك ولهذا لو كان المبيع

وقال الشافعي « رح ، لا يملكه ، وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به
نعمة الملك ، ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد ، ولهذا لا يفيد
قبل القبض وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدرهم ،

جارية لا يجوز للمشتري وطئها ، ولو كان داراً لا يجوز فيها الشفعة للشفيع ، وقال الفقيه أبو الليث
« رح » وهذا ليس بصحيح ، بل المشتري يملك عين المبيع في قول علمائنا ، بدليل أن
المبيع ولو كان داراً فقبضها فبيعت دار أخرى بجنبتها ، فلمشتري أن يأخذ الدار بالشفعة
ولو لم يملك عين الدار لم يجب له الشفعة ، ولو كان المبيع جارية فقبضها ثم ردها على البائع
وجب الإستبراء ، وإنما لم يجز للمشتري أن يطأها لأنه وجب عليه ردها لئلا يكون مصراً
على المعصية فاستعماله بالوطئ أعراض عن الرد ، فلهذا المعنى لم يجز لعدم الملك ، وإنما
لم يجب فيها الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها .

وقال في شرح الطحاوي والاصل في البيع الفاسد أن كل ما يملك بالبيع الجائز يملك
بالبيع الفاسد إذا اتصل به القبض بإذن البائع ، وكل ما لا يملك بالبيع الجائز لا يملك
بالبيع الفاسد ، بيانه من اشترى من رجل عبداً بخرم أو خنزير وتقابضاً وهما مسلمان
ملك المشتري العبد إذا قبضه بإذن البائع ، ولا يملك الآخر الخمر والخنزير ، وكذلك لو
اشترى من رجل عبداً بمدر أو مكاتب أو بأم ولد وتقابضاً ملك المشتري إذا قبضه
بإذن البائع ومشتري المدبر والمكاتب وأم الولد لا يملك ، وإن قبض بإذن البائع ،
وكذلك لو اشترى من رجل عبده بمال الغير بغير إذن صاحبه وتقابضاً ملك مشتري
العبد ، ولا يملك الآخر ما قبض حتى يجيز ماله البيع فيه .

(وقال الشافعي رضي الله عنه لا يملكه ، وإن قبضه) وبه قال مالك وأحمد رضي
الله عنهما (لانه محظور) أي حرام (فلا ينال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ للمشروعية
للتضاد) أي بين النهي والمشروعية ، إذ النهي يقتضي القبح ، والمشروعية تقتضي الحسن
وبينهما منافاة (ولهذا) أي ولاجل ذلك (لا يفيد) أي الملك (قبل القبض
وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدرهم) وقبضها المشتري لا يفيد الملك

ولنا ان ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله
فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الأهلية والمحلية وركنه مبادلة
المال بالمال ، وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه
التصور ، فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك ، وإنما المحذور
ما يجاوره كما في البيع وقت النداء

(ولنا أن ركن البيع) أي ركن البيع الفاسد وهو البيع بالخمر أو الخنزير ، وفيه
مبادلة المال بالمال بالتراضي (صدر من أهله) وهو كونه عاقلاً بالغاً حال كونه (مضافاً إلى
محله) لان المبيع فيه مال والتمن مال من وجه لميلان طباع الناس إلى الخمر والخنزير
غير أنه ليس بمنقوم ولاهانة الشرع ، فلما كان الثمن مالاً من وجه دون وجه لم يبطل البيع
بل فسد ، فإذا كان كذلك (فوجب القول بانعقاده) لوجود شرائط .

(ولا خفاء في الأهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام) جواب سؤال
مقدر بأن يقال سلمنا بأن ركن البيع مبادلة المال ، ولكن لم قلت إنه موجود ، فأجاب
بقوله وفيه الكلام يعني كلامنا فيها إذا وجد الركن لان الركن الذي هو المبادلة موجود
في جميع البيوع الفاسدة .

(والنهي يقرر المشروعية) وهذا جواب عما يقال ، قد يكون النهي مانعاً ، فأجاب
بقوله والنهي يقرر المشروعية (عندنا لاقتضائه التصور) ليكون النهي عما يكون
ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فيثاب ، وبين أن يأتي به فيعاقب عليه
(فنفس البيع مشروع وبه) أي وبالبيع (تنال نعمة الملك) لكن لا بد فيه من قبح
مقتضى النهي ، فجعلناه في وصفه مجاوراً وهو معنى قوله (وإنما المحذور ما يجاوره كما
في البيع وقت النداء) يعني يوم الجمعة فجعل وصفه عملاً بالوجهين ، فإن قيل المحذور وقت
النداء مجاور ، وأما في المتنازع فيه من قبيل ما اتصل به وصفاً ، فلا يكون قوله كما في
البيع وقت النداء صحيحاً ، وأيضاً الحكم هناك الكراهة ، وفي المتنازع فيه الفساد ،
وأجيب بأن غرض المصنف في ذكر المجاورة بيان أن المحذور ليس لمعنى في عين النهي

وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد
المجاور ، إذ هو واجب الرفع بالاسترداد ، فبالامتناع
عن المطالبة أولى

عنه كما زعمه الخصم ، والمجاور جمعاً والمتصل وصفاً سببان فيصبح قياس أحدهما على
الآخر ، وبأن عرضه أن الحكم المنهى عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم ، والكراهة
والفساد يشتركان في عدم البطلان .

(وإنما لا يثبت الملك قبل القبض) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولهذا لا يبيعه
قبل القبض ، بيانه أن البيع الفاسد لا يثبت الملك قبل القبض للمبيع .

(كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور) أي عن جهة الشارع لأن البيع الفاسد منهي
عنه ، ولو ثبت الملك قبل القبض يكون والتسلم والتسليم واجباً شرعاً ، فيكون الشارع آمراً
وناهياً في شيء واحد وهذا لا يجوز ، فإن قيل لو ثبت الملك بعد القبض يلزم تقربة
الفساد أيضاً قلنا لو ثبت قبل القبض يكون الفساد مضافاً إلى نفس البيع .

والبيع شرع الله تعالى فيكون الفساد مضافاً إلى الشارع ، ولا كذلك بعد القبض
لان الملك مضافاً إلى القبض والقبض يوجب الضمان كما في المقبوض على سوم الشراء
فكان تقرير الفساد مضافاً إلى المبد ، كذا نقل عن القاضي الارسايندي وقيل لان الفاسد
لو ثبت قبل الملك قبل القبض وبعده لكان مساوياً للصحيح ، ولو ألغينا الملك به لكان
مساوياً للباطل فأثبتنا الملك بعد القبض به عملاً بالدليلين وفيه نوع تأمل لان الفاسد
والباطل متساويان عند الخصم .

(إذ هو) تعليل كقوله كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور ، أي لان البيع الفاسد
(واجب الرفع بالاسترداد) أي بطلب رد المبيع من يد المشتري فلا جرم لم يفد الملك
قبل القبض (فبالامتناع عن المطالبة أولى) يعني أن البيع الفاسد إذا أفاد الملك بالقبض
يجب استرداد المبيع من يد المشتري رفعاً للفساد واجتناباً عن المعصية ، فبامتناع المشتري
عن مطالبة تسليم المبيع منع الفساد أولى من رفع الفساد بالاسترداد ، ولان الدفع أسهل
من الرفع .

ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبض فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة ، والميثة ليست بمال فانعدم الركن ، ولو كان الخمر مثنأ فقد خرجناه ، وشيء آخر وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنأ له لا مثنأ ، ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر ،

(ولان السبب قد ضعف) دليل ثان على عدم ثبوت الملك قبل القبض ، يعني أن السبب وهو البيع الفاسد قد ضعف (لمكان اقترانه بالقبض) وهو النهي عنه فلاجل هذا لم يفد الملك (فيشترط اعتضاده) أي تقويته (بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة) في احتياجها إلى ما يعضه العقد من القبض .

(والميثة ليست بمال) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميثة ، تقريره أن الميثة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه وهو معنى قوله (فانعدم الركن) فلا ينعقد العقد فالقياس فاسد (ولو كان الخمر مثنأ فقد خرجناه) هذا جواب لقوله ، أو باع الخمر بالدرهم يعني ذكرنا تخريجه في أوائل باب البيع الفاسد ، وأراد به ما ذكره ثمة لقوله ، وأما بيع الخمر والتحذير إن كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل ، وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله إلى آخره (وشيء آخر) أي دليل آخر سوى ما ذكرنا هناك (وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة) لاعتين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها (وهي) أي الخمر (تصلح ثمنأ لا مثنأ) أي مبيعاً ، فلو قلنا بانعقاد المبيع في هذه الصورة جعلنا القيمة مثنأ ، إذ كل عين في مقابلة الدراهم والدنانير في البيع مثنى لتعينها الثمنية خلقة وشرعاً وماعهد في صورة من صورة البياعات أن تكون القيمة مثنأ ، لانه يؤدي إلى تغيير المشروع .

(ثم شرط) أي القدوري « رح » (أن يكون القبض بإذن البائع) حيث قال وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع (وهو الظاهر) أي ظاهر الرواية

إلا أنه يكتفى به دلالة ، كما إذا قبضه في مجلس العقد استحساناً وهو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض ، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق ، وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحساناً وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منها مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح ، والبيع مع نفي الثمن ،

(إلا أنه يكتفى به) أي بالإذن (دلالة) أي من حيث الدلالة (كما إذا قبضه) أي المشتري (في مجلس العقد استحساناً) أي يصح من حيث الإستحسان (وهو الصحيح) أي الإستحسان هو الصحيح ، واحترز به عما ذكره صاحب الإيضاح وسماه الرواية المشهورة ، فقال وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد فهو كما يقبض ، وأشار إلى وجه الصحيح بقوله (لأن البيع تسليط منه) أي من البائع (على القبض فإذا قبضه بحضرته) أي بحضرة البائع (قبل الافتراق ولم ينه) أي البائع لم ينه المشتري عن القبض (كان) أي القبض (بحكم التسليط السابق) فيكتفى به (وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحساناً) يعني يكتفى بسكوت الواهب وعدم نفيه الموهوب له عن القبض استحساناً أي من حيث الاستحسان .

(وشرط) أي القدوري « رح » وفي بعض النسخ ويشترط (أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع ، وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه) أي على قول القدوري (البيع بالميتة والدم والحر والريح) بأن قال بعت هذا الشيء بالريح الشمالي الذي يأتي من هذا الجانب ، وذلك المكان ملك المشتري ، وفي الذخيرة صورته بأن يكون لانسان ظرف منقوح فاشترى بذلك الريح الذي في ذلك الظرف ويجعلها في ظرف احترز له (والبيع مع نفي الثمن) أي في رواية لأنه إذا نفاه فقد الركن عن العقد فلم يكن بيعاً ، وفي رواية ينه عقد بيعاً لأن نفيه لا يصح ، إذ البيع مشتمل على العوضين وما يشتمل على عوضين فهو هبة وصدقة ، وإذا لم يصح صار كأنه سكت عن ذكر الثمن ، فلو باع

وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم ، فأما في ذوات الأمثال يلزمه المثل
لأنه مضمون بنفسه بالقبض ، فشابه الغصب وهذا لأن المثل صورة ،
ومعنى أعدل من المثل معنى ، قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه
رفعاً للفساد ، وهذا

وسكت عن ذكر الثمن ينمقد البيع فاسداً ويثبت الملك بالقبض لأنه مطلق المقد يقتضي
المعاوضة ، فإذا سكت كان عوضه قيمة وكأنه بقيمته فيفسد البيع .

(وقوله) أي قول القدوري « رح » (لزمته قيمته في ذوات القيم) كالحبوانات
والعدديات المتفاوتة (فأما في ذوات الأمثال) كالمكيلات والموزونات والعدديات غير
المتفاوتة (يلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض) واحتراز به عن البيع الصحيح ،
وقالوا جميعاً فالمرجوع في قيمته أو المثل ، أي قول المشتري لأنه هو الذي يلزمه الضمان ،
فالقول قوله واليمين للبايع ، كذا في شرح مختصر الكرخي (فشابه الغصب) والحكم
في الغصب كذلك (وهذا) أي وجوب المثل في ذوات الامثال (لان المثل صورة ومعنى
أعدل من المثل معنى) وهو القيمة لانه إنما يضاف إليها عند المعجز عن المثل صورة ،
ومعنى وإنما لم يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرير البيع الفاسد .

(قال) أي القدوري « رح » (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه) أي حق فسخ
البيع الفاسد .

(رفعاً للفساد) وقال الاترازي « رح » رفعاً للفساد بالراء لا بالدال ، كذا السماع
وذلك أن رفع الشيء إنما يكون بعد وقوع ذلك الشيء ودفعه يكون قبل وقوعه ،
والفساد هنا واقع فكان المسموع هو الصحيح ، قلت نسخة شيخني أيضاً بالراء ، ولكن
قوله ودفعه يكون قبل وقوعه ، والفساد فيه تأمل لان الدفع بحسب اللغة لا يختص
بالقرب والبعده كيلا يقع بتصرفه على المشتري مكروهاً أو حراماً ، فقال في الإيضاح
ويكره للمشتري أن يتصرف فيه بتملك أو انتفاع لان الفسخ مستحق حقاً لله تعالى
لان إعدام الفساد واجب والتصرف فيه تقرير الفساد (وهذا) أي كون حق الفسخ

قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه ، فيكون الفسخ امتناعاً
منه ، وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته ،
وإن كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه
لقوة العقد ، إلا أنه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط ، قال
فإن باعه المشتري نفذ بيعه لأنه ملكه ، فملك التصرف فيه

لكل منهما (قبل القبض ظاهر لانه) أى لان البيع الفاسد (لم يفد حكمه) وهو الملك
(فيكون الفسخ امتناعاً منه) أى من الحكم (وكذا بعد القبض) لكل واحد
منهما فسخه .

(إذا كان الفساد في صلب العقد) أى في البذل أو المبدل كبيع درهم بدرهمين وبيع
ثوب بخمر (لقوته) أى لقوة الفساد ، ففي صورتين يملك فسخه بعضرة صاحبة عندهما
لأنه إلزام موجب الفسخ ، ولا يلزمه إلا بعلمه وعند أبي يوسف « رح » بغير حضرته أيضاً .
(وإن كان الفساد بشرط زائد) بأن باعه على أن يقرضه أو يهبه ، كذا أو باعه إلى
أجل مجهول (فلمن له الشرط ذلك) والنسخة الصحيحة فلمن له الشرط ذلك أى الفسخ
ومن له الشرط أى منفعة الشرط هو البائع في صورة الاقراض والمشتري في صورة الاجل
(دون من عليه لقوة العقد) دليل قوله دون من عليه ، يعني أن فسخ من عليه لا يجوز
لان العقد قوى لان الشرط دخل في أمر زائد لا في صلب العقد .

(إلا أنه) استثنى من قوله لقوة العقد يعني أن العقد لما كان قوياً كان القياس أن لا
يفسخ من له الشرط أيضاً إلا أنه (لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط) فله أن يفسخه
وقال الكاكي « رح » إلا أنه إلى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد ، يعني لما
كان العقد قوياً ينبغي أن لا يكون لأحد ولاية الفسخ .

(قال) أي القدوري « رح » (فإن باعه المشتري) أي الذي اشترى بالشراء
الفاسد (نفذ بيعه لأنه ملكه) بالقبض (فملك التصرف فيه) سواء كان بيعاً أو هبة أو
إعتاقاً ، غير أنه لا يحمل له الأكل ، إن كان مأكولاً ، وإن كانت جارية لا يحمل له وطبها ، كذا في

وسقط حق الإسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ، ونقض الأول لحق
الشرع ، وحق العبد مقدم لحاجته ولأن الأول مشروع بأصله .
دون وصفه ، والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه بمجرد
الوصف ، ولأنه

شرح الطحاوي « رح ، وقال شمس الأئمة الحلواني يكره له الوطء ولا يحرم ، كذا في
الفتاوى الصغرى وفي شرح الطحاوي ، وإذا باعه المشتري ليس للبائع إبطاله ، وعلى
المشتري القيمة أو المثل ، إن كان مثلياً ويطيب ذلك الملك للثاني لأنه ملكه بعقد صحيح
بخلاف المشتري الأول لأنه لا يحمل له ولا يطيب لأنه ملكه بعقد فاسد .

ولو كان المبيع جارية فاستولدها المشتري صارت أم ولد له ويعزم القيمة ولا عزم
العقر في رواية كتاب البيوع ، وفي رواية كتاب الشرب عليه المقر ولو رهن المشتري
المبيع صح الرهن وليس للبائع إبطاله ، وإن فكه المشتري قبل أن يقضي عليه بالقيمة فإنه
يرد على البائع إبطاله ، وإن فكه بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل له على المبيع ، وإن
أجره صحت الإجارة غير أن للبائع أن يبطلها ويسترد المبيع (وسقط حق الإسترداد
لتعلق حق العبد بالثاني) أي لتعلق حق المشتري الثاني بالعقد الثاني (ونقض الأول) أي
البيع الأول (لحق الشرع) من جهة الفساد فيه وحق الشرع إذا اجتمع مع حق العبد يقدم حق
العبد وهو معنى قوله (وحق العبد مقدم عليه لحاجته) لأن الله تعالى غني فالعفو عنه أرجى
بخلاف حق من الفاضل لأنه تعلق به حق المفضول منه ، وكلاهما حق العبد خير حج
حق المفضول منه لأنه أسبق ، كذا في المبسوط .

(ولأن الأول) هذا دليل على سقوط حق الاسترداد للبائع بعد بيع المشتري من غيره
يعني أن البيع الأول (مشروع بأصله) لأنه لا فساد في أصل البيع (دون وصفه) لدخول
الفساد فيه (والثاني) أي البيع الثاني (مشروع بأصله ووصفه) لأنه لا فساد فيها جميعاً
(فلا يعارضه بمجرد الوصف) أي فلا يعارض المشروع بأصله ووصفه ، المشروع بمجرد
الوصف حاصله أن الفاسد لا يعارض الصحيح (ولأنه) هذا دليل ثالث على سقوط حق

حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة ، لأن كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع ، قال ومن اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز ، وعليه القيمة لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته ، وبالإعتاق قد هلك

الاسترداد بعد بيع المشتري ، أي ولأن البيع الثاني (حصل بتسليط من جهة البائع) حيث كان القبض بإذنه فاسترداده نقص ما لم من جهته [كذا] وذلك باطل ، فإن قلت هذا المعنى وهو التسليط وجد بيع المشتري أيضاً ، ومع هذا لكل واحد من المتعاقدين فسحة إعداماً للفساد فانتقض العلة ، قلت معناه حصل بتسليط من جهة البائع وقد تعلق به حق الثالث فبطل السؤال .

(بخلاف تصرف المشتري) هذا جواب عما يقال ، لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعاً من نقض التصرف لم ينتقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء غيرها لتعلق حقه بها ، لكن للشفيع أن ينقضها وتقرير الجواب ما قاله من قوله بخلاف تصرف المشتري (في الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما) أي من حق الشفيع وحق المشتري (حق العبد فيستويان في المشروعية ، وما حصل تسليط من الشفيع) أي لم يوجد التسليط من الشفيع لأن التسليط إنما يثبت بالاذن أو بإثبات الملك المطابق للتصرف ، ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك فكان له الاسترداد .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه) بإذن البائع (وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز) أي هذا لأنه كره أن يغير لفظ محمد رحمه الله (وعليه القيمة لما ذكرنا) فيما تقدمه (أنه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته) وأصل المسألة أن البيع الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض بالاذن عند أصحابنا ، خلافاً للشافعي رضي الله عنه وقد مر بيان ذلك فيما مضى (وبالإعتاق قد هلك) أي لم يبق

فتلزمه القيمة ، وبالببيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر ،
والكتابة والرهن نظير البيع لأنها لازمان ، إلا أنه يعود حق
الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع ، وهذا بخلاف
الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار ، ورفع الفساد عذر ولأنها تنعقد
شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً .

مالية بالمتق (فتلزمه القيمة ، وبالببيع والهبة قد انقطع حق الاسترداد على ما مر) أشار
به إلى قوله لتعلق العبد الثاني ، وهو المشتري الثاني .

(والكتابة والرهن نظير البيع لأنها لازمان) فإن الرهن إذا اتصل بالقبض
صار لانه ما في حق الراهن ، كالكتابة في حق المولى (إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب
وفك الرهن لزوال المانع) وهو تعلق حق العبد قبل وليس في تخصيصهما في عود الاسترداد
زيادة فائدة لإثبات في جميع الصور إذا انتقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل
القضاء بالقيمة أو رجع الواهب في هبته عاد للبائع ، ولأنه الإسترداد لعود قديم ملكه
إليه ثم عود حق الإسترداد في جميع الصور ، إنما يكون إذا لم يقض على المشتري بالقيمة
وأما إذا كان بعد القضاء بذلك عند تحول الحق إلى القيمة فلا يعود إلى الغير كما إذا قضى
على الغاصب بقيمة المصوب الأبق ثم عاد .

(وهذا) أي انقطاع الإسترداد بالتصرفات المذكورة (بخلاف الإجارة) فإن
حق الاسترداد فيها لا ينقطع (لأنها تفسخ بالأعذار ، ورفع الفساد عذر) من أقوى
الأعذار ، وفي الذخيرة والمبسوط لا يبطل حق الاسترداد بالإجار والتكاح ، لأن الإجارة
عقد ضعيف يفسخ بالأعذار ، وقيام حق الشرع في الرد إفساد السبب من أقوى الأعذار
فيفسخ به ألا ترى أن المشتري لو أجر المبيع ثم وجد به عيباً كان له فسخ الإجارة للرد
بالميب ، فهذا أولى ولم يذكر محمد رح ، من يفسخ الإجارة ، وذكر في النوادر أن
القاضي يفسخها (ولأنها) أي ولأن الإجارة (تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً)
يعني أن الإجارة تنعقد على المنافع وهي تحدث شيئاً فشيئاً ، إلا أن العين أقيمت مقام

قال وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن ،
لأن المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن ، وإن مات البائع
فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لأنه يقدم عليه في حياته ،
فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ، ثم إن كانت دراهم
الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد ، وهو الأصح

المنفعة ففي أي وقت رد العقد كان الرد امتناعاً من انعقاد العقد في حق المنفعة التي تحدث
بعده لعدم الضرورة ، فلا يكون فيه رفع العقد الثابت .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ
المبيع حتى يرد الثمن) الذي أخذه ، قال الأتزازي قوله حتى يرد الثمن أي القيمة أخذها
من المشتري ، ذكرها بعض الشارحين وفيه نظر لأن القيمة إنما تجب في البيع الفاسد إذا
هلك المبيع وهنا المبيع قائم ، وإنما أثبت محمد « رح » أسم الثمن ، وإن كان البيع فاسد
التصور بصورة الثمن حيث قوبل بالمبيع ، قلت أراد بيعض الشارحين السفناقي رحمه الله
لأنه قال هكذا فراراً عن المجاز ، وقال الامام التمرناشي هذا الحكم ليس بخصوص البيع
الفاسد بل هذا الحكم ثابت في الإجارة الفاسدة والرهن الفاسد والغرض الفاسد إعتباراً
بالعقد الجائز إذا تقاسمها ، لأن هذه عقود معاوضة فيوجب السوية بين البدلين (لأن
المبيع مقابل به) أي بالثمن الذي أعطاه المشتري (فيصير محبوساً به) أي بالثمن
(كالرهن) بالدين لكنه يفارقه من وجه آخر ، وهو أن الرهن مضمون بقدر الدين لا
غير ، وهنا المبيع مضمون الثمن بجميع قيمته كما في الغصب (وإن مات البائع فالمشتري
أحق به) أي بالمبيع (حتى يستوفي الثمن لأنه يقدم عليه) أي على البائع (في حياته
فكذا) يقدم (على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن) فإنه إذا مات وله ورثة وغرماء
فالمرتهن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين .

(ثم إذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين) بالتعيين (في البيع
الفاسد وهو الأصح) إحترز به عن رواية أبي حفص « رح » فإنه قال لا يتعين كما في

لأنه بمنزلة الغصب ، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا ، قال ومن
باع داراً بيعاً فاسداً ، بناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة
« رح » ، رواه يعقوب « رح » عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد
ذلك في الرواية ،

البيع الجائز ، وقال علاء الدين العالم « رح » في طريقة الخلاف والمختار عدم التعيين يعني
في العقود الفاسدة ، وإليه ذهب فخر الاسلام والصدر الشهيد « رح » ، لأن البيع الفاسد
في حكم النقص والاسترداد .

ثم كما تتعين الدراهم والدنانير في العقود الفاسدة فتعين في الوديعة والغصب والهبة
والوصية في المضاربة والشركة قبل القبض والتسليم ، وقال الامام البزدوي « رح » في
جامعه إنما يتعين الدراهم والدنانير في البيع الفاسد إذا كان البيع الفاسد صريحاً لا يتعين
ألا ترى أن البيع الفاسد بمنزلة الغصب وكان الثمن في يد البائع بمنزلة المفصوب ،
والدراهم المفصوبة تتعين حتى وجب رد فيها ، إن كان قائماً وبه صرح الامام قاضي
خات (لانه) أي لان الثمن (بمنزلة الغصب) لانه مضمون بالقبض كالغصب
(وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا) أشار به إلى قوله لأنه بمنزلة الغصب .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن باع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشتري
فعليه قيمتها عند أبي حنيفة « رح ») لفظ محمد « رح » في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن أبي حنيفة « رح » أن رجلاً باع من رجل داراً بيعاً فاسداً فقبضها المشتري فبنى فيها ،
قال ليس للبائع أن يأخذها ولكنه يأخذ قيمتها ، ثم شك يعقوب « رح » في هذه المسألة
بعد ذلك ، وقال يعقوب ومحمد « رح » ينقض البناء ويرد الدار إلى صاحبها ، إلى هنا لفظ
محمد رحمه الله (رواه يعقوب « رح » عنه) أي روى أبي يوسف « رح » عن أبي حنيفة
« رح » (في الجامع الصغير ثم شك) أي أبو يوسف « رح » (بعد ذلك) أي بعد الرواية
عن أبي حنيفة « رح » شك في حفظها عنه ، وهو معنى قوله (في الرواية) عن أبي حنيفة
لا في مذهب أبي حنيفة « رح » ، فإن ذكر في جامع البزدوي « رح » قال أبو يوسف

وقالاً ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف
لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع ، حتى يحتاج فيه إلى
القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ، ثم أضعف الحقيين
لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله أن البناء والغرس مما يقصده به
الدوام ، وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الإسترداد ،

لمحمد « رح » ما رويت لك عن أبي حنيفة إنما رويت لك أن ينقض البناء وقال محمد
« رح » بل رويت أن يأخذ قيمتها ، وقد أشار إلى ذلك في بعض النسخ ، فقال محمد « رح »
ثم شك يعقوب « رح » في هذه المسألة ولم يزل به أنه شك في قول أبي حنيفة « رح » ،
وقوله الأول مع محمد « رح » بل شك في سماعه عنه ، وفي الإيضاح قاله المعلق « رح »
رجع أبو يوسف « رح » إلى قول أبي حنيفة « رح » وقوله الأول مع محمد أشار إليه
المصنف بقوله :

(وقالوا) أى أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » (ينقض البناء وترد الدار) أى على
صاحبها كما هو المذكور في الجامع الصغير (والغرس على هذا الاختلاف) يعني ينقطع به
حق الفسخ عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما ، وقد نص محمد « رح » على الاختلاف في
كتاب الشفعة ، فإنه قال إذا اشترى المشتري شراء فاسداً فبنى فيها أو غرس ، لا يثبت
حق الشفعة للشفيع ، وعندهما وعند أبي حنيفة « رح » يثبت (لهما) أى لأبي يوسف
ومحمد « رح » (إن حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه) أى في حق
الشفيع (إلى القضاء ويبطل) أى حق الشفيع (بالتأخير) أى بتأخير المطلب (بخلاف
حق البائع) فإنه لا يحتاج إلى ذلك (ثم أضعف الحقيين) وهما حق الشفيع وحق البائع
(لا يبطل بالبناء فأقواهما) أى أقوى الحقيين الذي هو حق البائع (أولى) بأن لا يبطل (وله)
أى ولأبي حنيفة « رح » (إن البناء والغرس مما يقصد به الدوام) إحترازاً عن الإجارة
(وقد حصل) أى كل واحد من البناء والغرس (بتسليط من جهة البائع فينقطع حق
الإسترداد) لأنه لا يجوز للإنسان أن يسعى في نقض مائمه من جهته (كالبيع) أى فصار كما

كالبيع بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط، ولهذا لا
يبطل بهبة المشتري وبيعه، فكذا بينائه وشك يعقوب «رح» في
حفظه الرواية عن أبي حنيفة «رح»، وقد نص محمد «رح» على
الاختلاف في كتاب الشفعة،

إذا باعه المشتري أو وهبه من غيره (بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط
ولهذا) أي ولاجل عدم التسليط من الشفيع (لا يبطل) أي حق الشفيع (بهبة المشتري
وبيعه) يعني لو وهبها الإنسان أو باعها من آخره .

(فكذا بينائه) أي فكذا لا يبطل بينائه ، وإذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ
بالشفعة لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء ، يصير ورثة حينئذ بمنزلة البيع الصحيح
فينقض بناء المشتري واعترض بأنه إذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد
الفاسد وجب نقضه لحق البائع بطريق الأولى ، لأن فيه إعدام الفاسد قال الأكل وإذا
يزل^(١) ما ذكر فليس بوارد على إذ البائع دون الشفيع ، ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط
نقضه لسلط فانتقى الأولية وبطلت الملازمة .

(وشك يعقوب «رح») هو أبو يوسف «رح» (في حفظه الرواية عن أبي حنيفة
«رح») لما كان هذا الموضع محتاجاً إلى تأكيد ، كرر المصنف قوله شك يعقوب «رح»
قال الأكل «رح» ، وفي كلامه نوع العلق لأنه قال رواه يعقوب «رح» عنه في الجامع
الصغير ، والراوى في الجامع الصغير محمد «رح» لأنه تصنيفه ، إلا إذا أريد بالجامع
الصغير المسائل التي رواها يعقوب «رح» عن أبي حنيفة لمحمد رحمهم الله وقال تاج
الشرية «رح» وشك يعقوب «رح» في حفظ الرواية ، قال مشايخنا شك أبو يوسف
«رح» أن قول أبي حنيفة رحمه الله هل يخالف قولها أم لا ، وقع الشك لا يتحقق
الاختلاف والأصح على الخلاف ، وشك أبي يوسف في الرواية أنه سمع منه أم لا .
(وقد نص محمد «رح» على الاختلاف في كتاب الشفعة) الشفعة للشفيع عندهما

(١) هكذا وردت في الاصل .

فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف
قال ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضا ، فباعها وربح فيها
تصدق بالربح ، ويطيب للبائع ما ربح في الثمن ، والفرق أن
الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها ، فيتمكن الخبث في الربح

وعند أبي حنيفة «رح» ثبت (فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء
وثبوته على الاختلاف) فعند أبي حنيفة «رح» ثبت حق الشفعة ، فكان انقطاع حق
البائع في الاسترداد ثابتاً ، وعندهما لا يثبت لانه لم ينقطع حق البائع في الاسترداد ، وقال
الأترازي «رح» وقال بعض الشارحين قوله وثبوته بالرفع عطفاً على قوله مبني وهو
ضعيف ، قلت أراد بعض الشارحين السفناقي «رح» وتبعه على ذلك الكاكي أيضاً ،
ولكن الأترازي «رح» بين وجه الضعف صريحاً ، والذي يظهر لي أن ثبوته مرفوع
بالابتداء أو خبره هو قوله على الاختلاف لأن تحرير الكلام هنا ، وتحقيق معناه أن حق استحقاق
الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء والفرس ، وثبوته مختلف فيه ،
فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع ، ومن قال بانقطاعه قال بعدم إنقطاع حق
البائع لأن وجود اللزوم بدون لازمه محال ، وعلى هذا فمن حفظه مذهب أبي حنيفة
«رح» في ثبوت الشفعة ، لا يشك في مذهبه في انقطاع حق البائع في الاسترداد
فلم يبق الشك إلا في رواية عنه لمحمد «رح» فافهم فإنه موضع دقيق يحتاج إلى
فكر عميق .

(ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضا ، فباعها وربح فيها تصدق بالربح ، ويطيب
للبائع ما ربح في الثمن) البائع هو بائع الجارية (والفرق) أي بين صورتين وهما طيب
الربح لبيع الجارية في الثمن وعدم طيبة المشتري الجارية (أن الجارية مما يتعين فيتعلق
العقد بها) أي بعين الجارية ، ومعنى تعين الجارية ، إنه إذا باع جارية معينة ليس له أن
يعطي جارية أخرى مكانها ، ولما تعلق العقد بها وحصل الربح من هذه الجارية كان
الربح ، جاء من بدل المملوك ملكاً فاسداً ، فيمكن الخبث في الربح ويتصدق به (فيتمكن

والدراهم والدنانير ، لا يتعينان في العقود ، فلم يتعلق العقد الثاني بعينها ، فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصديق ، وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك ، أما الخبث لعدم الملك عند أبي حنيفة «رح» ومحمد «رح» يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة ، من حيث أنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن ،

الخبث في الربح) والخبث عدم الطيب (والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود) أي في عقود البياعات ، واحتراز به عن الوديعة والشركة والفصب ونحوهما ، وعند زفر والشافعي «رح» يتعينان حتى لو اشترى بدراهم معينة ، فحبسها وأعطى البائع غيرها فللبائع أن يأبى ذلك ، ولو هلك الدراهم أو استحققت يبطل البيع عندهما كما في البيع المعين ، وعندنا لا يبطل (فلم يتعلق العقد الثاني بعينها) أي بعين الدراهم التي باع المشتري الجارية بها (فلم يتمكن الخبث ، فلا يجب التصديق) لأن الربح حصل بالعقد لا بالدراهم .

(وهذا) أي هذا الذي ذكرنا من الفرق بين ما يتعين وبين ما لا يتعين ، حيث لا يطيب الربح في الأول ويطيب في الثاني (في الخبث الذي سببه فساد الملك) والخبث على نوعين خبث لفساد الملك ، وخبث لعدم الملك كما يحىء الآن ، وكذلك المال على نوعين ، نوع لا يتعين في العقد كالدرهم والدنانير ، ونوع يتعين بخلافهما (أما الخبث لعدم الملك عند أبي حنيفة ومحمد «رح» يشمل النوعين) أراد بهما ما يتعين من المال وما لا يتعين (لتعلق العقد) أي بمال الغير (فيما يتعين حقيقة) أي من حيث حقيقة الخبث (وفيما لا يتعين شبهة) أي من حيث الشبهة ، أي شبهة الخبث ، وبينه بقوله (من حيث أنه يتعلق به) أي بمال يتعين (سلامة المبيع) بأن ينقد الدراهم المفضوب (أو تقدير الثمن) عطف على قوله سلامة المبيع ، يعني أن الخبث لعدم الملك إنما يثبت فيما لا يتعين بطريق الشبهة لأنه تعلق به سلامة المبيع كما قلنا أو تقدير الثمن بأن يشير إلى الدراهم المفضوبة ، ونقد من

وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة ، والشبهة تنزل إلى شبهة
الشبهة ، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها ، قال ، وكذا إذا ادعى
على آخر مالا ففضاه إياه ، ثم تصادقا ، أنه لم يكن عليه شيء ،
وقد ربح المدعي في دراهم يطيب له الربح ، لأن الخبث لفساد
الملك ، وهنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق ، وبدل
المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين .

غيرها (وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة) يعني أن الخبث لفساد الملك تنقلب حقيقة
شبهة ، أي ما كان من الخبث بسبيل الحقيقة في الخبث لعدم الملك ، كما في ما يتعين يكون
ذلك الخبث فيما يتعين شبهة لفساد الملك لأن الخبث لفساد الملك أدنى من الخبث لعدم
الملك (والشبهة) باعتبار فساد الملك فيما لا يتعين (تنزل إلى شبهة الشبهة) فيما لا يتعين
(والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها) أي من الشبهة لأن شبهة للشبهة إذا اعتبرت ،
ينسد باب العقود إذ لا يخلوا عن شبهة الشبهة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وكذا إذا ادعى) رجل (على آخر
مالاً) بأن ادعى عليه ألف درهم مثلاً (ففضاه إياه) أي ففضى الرجل المال (ثم تصادقا ،
إنه لم يكن عليه شيء) والحال (وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لأن
الخبث لفساد الملك هنا لأن الدين وجب بالتسمية) بدعوى الدعوى (ثم استحق
بالتصادق وبدل المستحق مملوك) ملكاً فاسداً والمستحق هو الدين والبدل الدراهم (فلا
يعمل) أي الخبث (فيما لا يتعين) لأن الخبث لفساد الملك لا أثر له فيما لا يتعين ، لأنه
شبهة الشبهة ، ولهذا طاب له الربح ولم يجب التصديق به .

* * *

فصل فيما يكره

قال ونهى رسول الله ﷺ عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره ، قال عليه السلام لا تناجشوا ، قال وعن السوم على سوم غيره ، قال ﷺ لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ،

(فصل فيما يكره)

أي هذا فصل في بيان ما يكره في باب البيوع ، والمكروه أدنى درجة من الفاسد ، ولكن هو شعبة من شعبة فلذلك ألحقه به وأخره عنه وقد علم في الأصول أن الفسخ إذا كان لأمر متجاوز كان مكروهاً ، وإذا كان لوصف متصل كان فاسداً (قال ونهى رسول الله ﷺ عن النجش) بهتحتين ، ويروى بالسكون وقيل بالتحريك إسم وبالسكون مصدر . وهو مكروه بإجماع الأئمة الأربعة ، قوله ونهى رسول الله ﷺ عن النجش ، لفظ القدوري وفسره المصنف بقوله (وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب) من الترغيب (غيره) فيوقعه فيه ، ثم ذكر الحديث بقوله (قال عليه الصلاة والسلام) أي قال النبي ﷺ (لا تناجشوا) هذا الحديث رواه البخاري بإسناده عن أبي سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد ولا تناجشوا الحديث ، وروى البخاري أيضاً حدثنا عبد الله بن مسلمة ، قال حدثنا مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ، قال نهى رسول الله ﷺ عن النجش .

(قال) أي القدوري (وعن السوم على سوم غيره) وقال المصنف « رح » (قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه) هذا الحديث رواه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن تلقي الركبان وأن يبيع حاضر لباد الحديث ، وفي آخره أن يستام الرجل على سوم أخيه ، ورواه محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة « رح » عن حماد عن إبراهيم عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة « رح » عن النبي ﷺ ، قال لا يستام الرجل على سوم

ولأن في ذلك إجحاشاً وإضراراً ، وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ
ثمن في المساومة ، أما إذا لم يركن أحدهما إلى آخر فهو بيع من يزيد ، ولا
بأس به على ما ذكره محمل النهي في النكاح أيضاً ، قال وعن تلقي
الجلب وهذا إذا كان يضر بأهل البلد ،

أخيه ولا يخطب على خطبته الحديث ، وفي شرح الطحاوي وصورته أن يتراض الرجلان
على السلعة ويتساومان عليها ويرضى البائع والمشتري بذلك ولم يعقد عقد المبيع حتى
ساومه آخر على سومه واشتراه منه ، فإنه يجوز في الحكم ولكنه يكره هذا ، إذا جنح
قلب البائع إلى البيع من الأول بما طلب منه من الثمن ، وأما إذا لم يجنح قلبه ولم يرض
بذلك فلا بأس للثاني أن يشتريه لأن هذا بيع من يزيد ، وقد روى عن رسول الله ﷺ
أنه باع قدحاً وحلماً ببيع من يزيد ، وكذلك الرجل إذا خطب امرأة وجنح قلبها كره
لغيره أن يخطبها وإن لم يجنح قلبها إلى الأول فلا بأس للثاني أن يخطبها ، وفي الكافي للسوم
أن يزيد في الثمن بعد تقرير لإرادة الشراء (ولأن في ذلك) أى في السوم على أخيه
(إجحاشاً) أى إلقاء الوحشة في قلبه (وإضراراً) في زيادة الثمن (وهذا) أى كون
السوم مكروهاً (إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة أما إذا لم يركن) أى
فإذا لم يرض ولم يجنح (أحدهما إلى الآخر فهو) أى السوم (بيع من يزيد ولا بأس به)
حينئذ (على ما ذكره) إشارة إلى قوله ، وقد صح أن النبي عليه السلام باع قدحاً وحلماً
ببيع من يزيد ، وسيجيء عن قريب وقد ذكرناه أيضاً (وما ذكرناه) أراد به قوله وهذا
إذا تراضى المتعاقدان (محمل النهي في النكاح أيضاً) يعني إذا ركن قلب المرأة إلى
الحاطب يكره خطبة غيره فإذا لم يركن فلا يكره .

(قال) أى القدورى (وعن تلقي الجلب) أى ونهى النبي ﷺ عن تلقي الجلب أى
المجلوب ، صورته أن واحداً من أهل مصر أخبر بمجيء قافلة بمسيرة عظيمة فيخرج
ويتلقاهم ويشتري منهم ما تمارون ويدخل مصر ويبيعه على ما يريد من الثمن (وهذا)
أى تلقي الجلب على ما وصفناه إنما يكره (إذا كان يضر بأهل البلد) بأن يكونوا في

فإن كان لا يضر فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الوارد ، فحينئذ يكره لما فيه من الغرر والضرر ، وقال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال « رح » لا يبيع الحاضر للبادي ، وهذا إذا كان أهل البلدة في قحط وعوز ، وهو أن يبيع من أهل البلد وطمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم ،

ضيق من جذب وقحط (فإن كان لا يضر) أهل البلد ذلك (لا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين) بأن يشتري منهم بأرخص من سعر المصر وهم لا يعملون بالسعر (فحينئذ يكره لما فيه من الغرر) في حقهم (والضرر) لأهل المصر وكلاهما قبيح .

(قال) أى القدورى في مختصره (وعن بيع الحاضر للبادي) وفسره ابن عباس « رح » بقوله لا يكون له سهاداً وبينه الحلواني حيث قال صورته أن يبيع القروي بالطعام إلى المصر فلا بد للسماح الحاضر أن يبيع القروي بنفسه ، بل يقول له لا تفعل شيئاً فلا أعلم فيتوكل هذا السماسر الحاضر من البادي ويبيعه ويعطي على الناس ، فلو تركه يبيعه بنفسه ربما يرخس ، وهذا مبني لقوله عليه الصلاة والسلام لا يبيع حاضر لباد وذو الناس يرزقه الله بعضهم من بعض ، رواه مسلم عن جابر رضي الله عنه ، وعن أنس بن مالك رضي الله عنه كان يقول لا يبيع حاضر لباد ، وهي كلمة جامعة لا يبيع له شيئاً ، وقال ابن سيرين « رح » هي كلمة جامعة للبيع والشراء ويحيى الآن تفسير المصنف « رح » لقوله لا يبيع حاضر لباد (فقد قال عليه السلام) أي فقد قال النبي ﷺ (لا يبيع الحاضر للبادي) وقد ذكرنا عن قريب أن هذا الحديث أخرجه البخارى ومسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، ولفظ الحديث في كتب الحديث بلفظ التكررة في الحاضر والباد .

(وهذا) أى كراهة بيع الحاضر للباد (إذا كان أهل البلدة في قحط وعوز) أى ضيق (وهو) أى الحاضر (أن يبيع من أهل البلد طمعاً في الثمن الغالي) ويبيعه من أهل البادية بثمن غال ، وأهل المصر يتضررون بذلك فلا يجوز (لما فيه من الإضرار بهم)

أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر . قال والبيع عند
أذان الجمعة ، قال الله تعالى ﴿ واذروا البيع ﴾ الجمعة ، ثم فيه إخلال
بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتمد في كتاب
الصلاة . قال وكل ذلك يكره لما ذكرنا ،

أى بأهل البلد . (أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر) وهكذا قال في
شرح الطحاوى « رح » .

(قال) أى القدورى « رح » (والبيع عند أذان الجمعة) أى ونهى رسول الله ﷺ
عن البيع عند أذان الجمعة هكذا فسرهُ الأكل « رح » ، وقال الاترازى « رح » وهو
بالجر معطوف على قوله عن النجش ، وهو أيضاً يؤدى معنى ما قاله الأكل « رح » ،
ولكن المصنف « رح » لم يذكر فيه النهي عن النبي ﷺ عن ذلك صريحاً وإنما قال (قال
الله تعالى ﴿ واذروا البيع ﴾ الجمعة) ولكن ما نهى الله عز وجل عن شيء وهو أيضاً
نهى النبي ﷺ ، ومعنى ذروا اتركوا أمراً للجماعة من يذروا ما فيها وأصله ذروا أو
ذروا حذفوا الواو تبعاً كفعله واستغنى عن الهمزة فحذفت فصار ذروا ، وأقل أحوال
النهي الكراهة ، ولأن السعي إلى الجمعة واجب بالنص .

وفي الاشتغال بالبيع والشراء أو بالنوم ونحو ذلك ترك السعي الواجب ، وقد مر
الكلام فيه مستقصى في باب الجمعة (ثم فيه) أى في الاشتغال بالبيع (إخلال بواجب
السعي على بعض الوجوه) بأن عقداً ووقفاً ولم يسعياً ، وأما إذا كانا يشيان ويبيعان فلا
بأس به ، ذكره أبو الليث في أصوله (وقد ذكرنا الأذان المعتمد في كتاب الصلاة)
أراد به ما ذكره في باب الجمعة ، والأصح أن المعتمد هو الأول أى الأذان الأول إذا كان
بعد الزوال لحصول الإعلام به .

(قال) أى القدورى (وكل ذلك يكره) أى كل ما ذكرنا من أول الفصل إلى هنا
مكروه وهو النجش والسوم على سوم غيره وتلقي الجلب وبيع الحاضر للباد ، والبيع
عند أذان الجمعة (لما ذكرنا) أى لما ذكرنا من الدلائل في كل واحد منها بما يده .

ولا يفسد به البيع لأن الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب
العقد ولا في شرائط الصحة . قال ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره
ما ذكرنا ، وقد صح أن النبي ﷺ باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد

(ولا يفسد به البيع) أى بالنهي المذكور حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض ،
وبه قال الشافعي رضي عنه ، ولكن يثبت الخيار في وجه في صورة تلقي الركبان
إذ ليس السعر عليهم ، وقال مالك « رح » ببيع التناجش باطل ، وبه قال أحمد « رح »
في رواية ضعيفة ، وفي صورة تلقي الركبان البيع باطل عند مالك « رح » وكذا بيع
الحاضر للبادي وبه قال أحمد « رح » (لان الفساد في معنى خارج زائد) أى مجاور
(لا في صلب العقد) أى لا متصل به (ولا في شرائط الصحة) من الحرية والعقل
والبلوغ ، قال الكاكي « رح » وأراد بقوله خارج مجاور لا مطلق الخارج بدليل قوله زائد
لا في صلب العقد لا في شرائط الصحة ولا يشكل بالبيع الفاسدة بالشرط فإن الفساد
لمعنى خارج ليس مجاور ، لهذا قال في الكاكي « رح » قوله لمعنى خارج مشكل إلا أن
يؤل خارج بالمجاور .

(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (ولا بأس ببيع من يزيد ، وتفسيره ما
ذكرناه) أشار به إلى قوله فإذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد (وقد صح
أن النبي ﷺ باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد) هذا الحديث أخرجه الأربعة فأخرجه أبو
داود في الزكاة ، وابن ماجه في التجارات عن عيسى بن يونس عن الأحضر بن عجلائ
عن أبي بكر عبد الله الحنفي عن أنس بن مالك « رح » أن رجلا من الانصار أتى النبي
ﷺ ليسأله فقال له أما في بيتك شيء قال بلى جلس يلبس بعضه ويبسط بعضه وقعب يشرب
فيه الماء ، قال اتيني بها فأخذها رسول الله ﷺ وقال من يشتري هذين فقال رجل أنا
أأخذهم بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثا فقال رجل أنا آخذهما بدرهمين
فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الانصاري وقال اشتر بأحدهما طعاما فاشتره إلى
أهلك واشتر بالآخر فاسأ فأتني به فأراه به فشده فيه رسول الله ﷺ عوداً بيده ثم قال
اذهب واحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوماً فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد

أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوباً وببعضها طعاماً فقال رسول الله ﷺ هذا خير لك من أن تجيء المسألة نكتة في وجهك يوم القيامة ، إن المسألة لا تصح إلا لثلاثة لدى فقر مدقع أو لدى عزم مقطوع أو لدى دم موجع وأخرجه الترمذى مختصراً أن النبي ﷺ باع حلساً وقدحاً فيمن يزيد ، وكذلك أخرجه النسائي مختصراً ، فإن قلت كيف يقول المصنف « رح » وقد صح ، وضعفه العقيلي في كتابه والاحصر بن عجلان ذكره الأزدي في الضعفاء وأبو بكر الحنفي قال ابن القطان فيه مجهول لا أعرف أحداً نقل عدالته .

قلت هذا الحديث لما رواه الترمذى حسنه ، وعند البعض الحسن من الصحيح والاحصر ابن عجلان وثقه البخارى وأبو بكر الحنفي روى عنه جماعة وحسن الترمذى حديثه ولولا أنه ثقة عنده لما حسن حديثه ، فإن قلت كيف باع النبي ﷺ المجلس والقدح بغير إذن صاحبهما قلت قيل يجوز للعالم أن يبيع على المعسر ، فإن قلت قال الترمذى لم ينقل أنه كان معسراً ، قلت كانت نفقة أهله واجبة عليه فهي كالدين ، قلت لا يحتاج إلى هذه التكاليف ، والنبي ﷺ كان يجوز له التصرف في أموال أمته بما شاء فيتصرف على وجه المصلحة .

فإن قلت قال للترمذى والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم لم يروا بما شاء يبيع من يزيد في الغنائم والموارث ، قلت قال ابن العربي والباب واحد والمعنى مشترك لا يختص به غنيمة ولا ميراث والمجلس بكسر الحاء المهملة كما نطرح على ظهر البعير أو الحمار ، والجمع احلاس وحلوس كذا في الجمهرة ، ويقال فلان جلس بيته إذا لم ينزع منه .

قوله مدقع من الدفعا وهو التراب ، ومعنى فقر مدقع أى شديد يقضي بصاحبه إلى التراب وقيل هو سواء احتمال الفقر ، قوله أو لدى عزم مقطوع أى لدى خلعة لازمة من عزامة مثقلة ، وقال ابن الاثير القطع الشديد الشفيع وقد اقطع يقطع فهو مقطع وقطع الامر فهو قطيع ، قوله لدى دم موجع هو أن يتحمل دية فيسمى فيها حتى يؤديها إلى أولياء المقتول ، فإن لم يؤدها قبل التحمل عنه فيوجعه قتله .

ولأنه يبيع الفقراء والحاجة ماسة إليه نوع منه . قال ومن
ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم
يفرق بينهما ، وكذلك إن كان أحدهما كبيراً ، والأصل فيه
قوله «رح ، من فرق

(ولأنه) أى ولأن يبيع من يزيد (يبيع الفقراء والحاجة ماسة إليه) أى الحاجة
داعية إلى ذلك ، وقوارثها الناس في الأسواق (نوع منه) أى من البيع المكروه ، وإنما
فصل هذا لما أن الكراهة في الدين تذكر بعد معنى راجع إلى المعقود عليه ، والكراهة
فيما ذكر قبل لمعنى يرجع إلى غير المعقود عليه ، أو لأن الذى يذكر بعد مسائل مختلفة
يجمعها معنى واحد وهو التفريق بخلاف الأول لأن فيها مسائل شتى ولها أصول مختلفة ،
وقال الاترازي رحمه الله ولأن المصنف «رح ، فصل هذا عما تقدم لأن هذا النوع له باب
على حده في الأصل والزيادات ، ولهذا ذكر الكرخي «رح ، في مختصره في باب
على حده ، قلت على ما ذكره كان ينبغي أن يذكر له باباً على حده .

(ومن ملك مملوكين) وإنما قال ملك ولم يقل اشترى لتناول وجوه سبب الملك من
قبول الهبة والوصية والإرث والشراء (صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر) وقيد
بالصغيرين لأنه يكره في الكبيرين (لم يفرق بينهما) ومراده بالتفريق أن يكون ذلك في
ملك واحد ، لأنه إذا كان أحدهما في ملك رجل والآخر في ملك الآخر لم يكره
التفريق ، ألا ترى إلى ما قال في الشامل ولو كان أحدهما مملوكاً له والآخر لولده الصغير
أو مكاتبه أو مضاربه جاز التفريق . قال في شرح الطحاوى إذا كان له ولدان صغيران فدخل
أحدهما في ملك أحدهما والآخر فلا بأس ببيع أحدهما ، وإن كان يملك بينهما جميعاً ،
وقال فيه أيضاً وكما يكره التفريق في البيع فكذلك يكره التفريق في القسمة في
الميراث والفتنائم .

(وكذلك) أى لم يفرق (إن كان أحدهما) أى أحد المملوكين (كبيراً) ولا صغيراً
(والأصل فيه) أى في هذا النوع (قوله عليه السلام) أى قول النبي ﷺ (من فرق

بين والدتها وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة

بين والدتها وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة .

هذا الحديث رواه الترمذى عن حسين بن عبد الله عن أبي عبد الرحمن الحبلي عن أبي أيوب الأنصارى رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول من فرق ... الخ نحوه وقال حديث حسن غريب .

وقال الأثرى « رح » وقال الكرخي « رح » في مختصره روينا عن أبي أيوب قال سمعت النبي ﷺ يقول من فرق بين والدتها وولدها فرق الله بينه وبين أحبته ، قال وهكذا ذكر لفظ الحديث شمس الأئمة البيهقي « رح » في الشامل والكفاية ، وهكذا ذكره في شرح الاقطع والايضاح ، ولكن ذكر صاحب الهداية بلفظ الاحبة .

قلت المحدثون رووه بلفظ الاحبة ، منهم الترمذى كما ذكرنا والحاكم والبيهقي والدارمي والدارقطني وأحمد في مسنده بعضه ، وقال شيخنا زين الدين رحمه الله في شرحه الترمذى استدل أحد « رح » بعموم الحديث على أنه لا يصح التفريق بين الأم وولدها الكبير في البيع ونحوه وهو رواية ابن الحكم عن مالك ، وقال أيضاً هل يحصل الحكم بالوالدة أو يدخل فيه الجدة للأب ، وكذلك الولد الصغير مع الولد هل يجوز التفريق بينهما بالبيع ونحوه ، كذلك الجدة للأب والجدة للأب صرح أصحابنا بأن الجدة كالأم عند عدم الأم ، وكذلك الجد كالأب عند عدم الأب ، فإن كان له أم وأب رقيقان حرم التفريق بينه وبين الأم ، وجاز التفريق بينه وبين الأب ، وكذلك لو كان له أم وجدة لم يحز التفريق بينه وبين الأم ، فإن بيع مع جدته دون أمه فالأصح أنه حرام .

وقال أيضاً فيه حجة للصحيح من الوجهين عند أصحاب الشافعي رضي الله عنه أنه لا يزول تحريم التفريق بإذن الأم في أن يفرق بينها وبين ولدها ، وبناء بعض العلماء على أن الحق في هذا هل هو لحق الوالدة أو لحق الله تعالى ، فإن كان لحق الوالدة جاز التفريق بإذنها ، وإن كان لحق الولد أو لحق الله تعالى فلا يجوز التفريق ، وإن أذنت وجوز مالك التفريق بإذنها .

ووهب النبي ﷺ لعلي رضي الله عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له
ما فعل الغلامان فقال بعث أحدهما فقال عليه السلام أدرك أدرك ،
ويروى أردد أردد ، ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير
والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما فقطع الاستئناس ، والمنع من
التعاهد ، وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد أوعده عليه ،

(ووهب النبي ﷺ لعلي رضي الله عنه غلامين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان ،
فقال بعث أحدهما ، فقال عليه السلام أدرك أدرك ، ويروى أردد أردد) هذا رواه
الترمذي وابن ماجه عن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون بن شبيب عن علي
رضي الله عنه قال وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين فبعث أحدهما ، فقال رسول الله
ﷺ يا علي ما فعل غلامك فأخبرته ، فقال رده ثم قال هذا حديث حسن غريب ، وقال
أبو داود في سننه ميمون بن أبي شبيب لم يدرك علياً فإنه قتل في الجماجم في سنة
ثلاث وثمانين .

وأخرج الدارقطني في سننه والحاكم في مستدركه عن شعبة عن الحكم بن عيينة عن عبد
الرحمن بن أبي ليلى عن علي رضي الله عنه قال قدم على النبي ﷺ سبي فأمرني ببيع أخوين
فبعتهما وفرقت بينهما ثم أتيت النبي ﷺ فأخبرته ، فقال أدركهما دار وارجمعهما وهما
جميعاً ، ولا تفرق بينهما ، وقال الحاكم صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه .

(ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير) أي ويستأنس بالكبير أيضاً ، ففي
التفريق زوال الأنس وزيادة الايحاش فيكره ما لم يبلغ الغلام أو تخصص الجارية ، فإذا بلغا
لا يكره التفريق (والكبير يتعاهده) أي يتعاهده أي يتعاهد الصغير أي يقوم
بمؤانجته باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة (فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس ،
والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد أوعده عليه) أي على ترك الرحمة ،
وفيه أحاديث ، منها ما رواه أبو داود من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله
عنه قال قال رسول الله ﷺ من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا ، ومنها

ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما ، لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ،

حديث ابن عباس رضي الله عنهما رواه الترمذي عن عكرمة رضي الله عنه مرفوعاً ، ومنها حديث أنس رضي الله عنه أخرجه الترمذي أيضاً مرفوعاً نحوه ومنها حديث رواه أبو يعلى الموصلي « رح » في مسنده عن أنس مرفوعاً ليس منا من لم يرحم صغيراً ويوقر كبيراً (ثم المنع) أي المنع من التفريق (معلول بالقرابة المحرمة للنكاح) بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من آخر (حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب) كأولاد الأعمام والعمات والأخوال والحالات .

(ولا قريب غير محرم) أي محرم كالأخت من الرضاع وكامرأة الأب (ولا يدخل فيه) أي في المبيع من التفريق (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس) فان القياس أن يتصرف المالك في ملكه كيف شاء (فيقتصر على مورده) أي مورد النص وهو القرابة ، المحرمة للنكاح ، فان قلت كيف يكون على خلاف القياس ، والمعنى هو قطع المعاهدة بالتفريق موجود ، قلنا وجود المعنى لا يدل على أنه لا يكون على خلاف القياس ، فان السلم شرع لحاجة الفقهاء ، ومع ذلك شرع على خلاف القياس ، كذا قيل لو كان منع التفريق معلولاً بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة وقد جاز في مواضع مع وجودها .

أحدهما ما إذا كان أحد المملوكين بحال لا يمكن للمولى أن يبيعه بأن دبره ، ولا بأس ببيع الذي هو محل البيع هنا وإن حصل التفريق .

والثاني ما إذا جنى أحدهما فلا بأس أن يدفعه المولى إلى ولي الجنابة مع أن له منع البيع باختيار القداء .

والثالث ما لو استهلك مال أمان يباع فيه مع أن للمولى ولاية المنع بأداء قيمته .

والرابع ما لو كفا مملوكين لحربى مستأمن فانه يجوز للمسلم أن يشتري أحدهما مع أن

ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا ، حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره

كل موضع يكره التفريق بالبيع يكره التفريق بالشراء ، وما هنا لا يكره .
والخامس أنه لو كان ثلاثة إخوة في يد رجل واحد صغير فللمالك أن يبيع أحد
الكبيرين استحساناً مع وجود التفريق .

والسادس ما إذا اشتراها ووجد بأحدهما عيباً فله أن يردده ويمسك الثاني في
ظاهر الرواية .

والسابع ما لو كان أحدهما أو اعتقه على مال أو غير مال فيقع التفريق باعتبار الإخراج
عن الملك .

الثامن أنه لو كان في يد رجل أمة ولها ولد صغير مراهق يجوز بيعه باختياره ورضى
أمه ، والمسائل من المبسوط والإيضاح وشرح الطحاوي .

قلنا أما الجواب عن الأول أنه إنما لم يجوز التفريق باعتبار ضرر المملوك ، فلو منعناه
من بيع الآخر لحق الضرر للمولى فيه ، وتعارض الضررين ، فنفي الضرر عن المولى أولى
لثلا يلزم الجبر عن التصرف في ملكه ، وكذلك الجواب في الثاني والثالث .

وعن الرابع أنه لو لم يجوز شراء المسلم منه لذهب الحربي بينها إلى دار الحرب ، وضرر
فساده في دار الحرب ثابت في الدنيا والآخرة ، أما في الدنيا فللمرضية الأمن والقتل إذ
الظاهر من حال من ينشأ في دارهم كان على دينهم ، وأما ضرر الآخرة فظاهر .

وأما الخامس بأن المنع لحق الصغير وجه مرعي إذا كان معه أحد الكبيرين ليستأنس
به ويقوم بجوائجه ، مع أن فيه رواية عن أبي يوسف « رح » أنه يكره أيضاً .

وعن السادس بالجواب عن الثاني وعن السابع أن الكتابة والإعتاق هو عين الجمع
بأكمل الوجوه ، إذ المكاتب أو الممتق صار أحق بنفسه ، فيدور هو حيث ما دار أخوه
فيتعاهد أموره ، وعن الثامن أنه لما رخصا بالتفريق لم يبق الضرر فيجوز .

(ولا بد من اجتماعهما) أي اجتماع المملوكين الصغيرين (في ملكه لما ذكرنا) أشار
به إلى قوله عليه السلام من فرق بين والدته وولدها (حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر

لا بأس ببيع واحد منهما ، ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس
به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب ، لأن المنظور
إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به . قال فإن فرق كره له
ذلك وجاز العقد ، وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يجوز في قرابة
الولادة ويجوز في غيرها ، وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك

لغيره) وفي بعض النسخ والآخر لغيره وهو الأظهر ، لأن لفظ الغير مطلقا يتناول كل من
هو غير المالك (لأبأس ببيع واحد منهما) أي من الاثنين المذكورين لأن التفريق إنما
يتحقق في ملك واحد لا في ملك اثنين .

(ولو كان التفريق بحق) أي بسبب حق (مستحق لا بأس به) أي بالتفريق ومثل
لذلك بقوله (كدفع أحدهما بالجناية) بأن جنى أحدهما فدفعه (وبيعه بالدين) بأن كان
مأذونا وأحاط به دينه أو وجب الدين على المالك ولا مال له (ورده بالعيب) بأن
اشترأهما وكان بأحدهما عيب لم يظهر عند العقد ، وعلل بقوله (لأن المنظور إليه) في
منع التفريق (دفع الضرر عن غيره) أي عن غير الصغير (لا الإضرار به) أي بالصغير
وحاصل الكلام . أن التفريق إنما نهى عنه لدفع الضرر عن الصغير وليس من شرط دفع
الضرر عن شخص إلحاق الضرر بغيره ، فإذا تعلق بأحدهما حق فالتنع من إيفاء الحق للضارر
بصاحب الحق ، وإنما حصل الإضرار بالصغير ضمنا لحق مستحق فلا يلتفت إليه لأنه كم
من شيء ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا .

(قال) أي القدوري « رح » (فإن فرق كره ذلك وجاز العقد) الكراهة بالإجماع
وفي الجواز خلاف عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ، يجوز وبه قال الشافعي رضي الله عنه
في قول (وعن أبي يوسف « رح » أنه) أي أن التفريق (لا يجوز في قرابة الولادة) أي
في الولدين والمولودين ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح (ويجوز في غيرها) أي
غير الوالدين والمولودين (وعنه) أي عن أبي يوسف « رح » (أنه) أي أن التفريق
(لا يجوز في جميع ذلك) أي في قرابة الولاد وغيرها وبه قال زفر والحسن وأحمد « رح » ،

لما روينا فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد . ولهما
أن ركن البيع صدر من أهله في محله ، وإنما الكراهة لمعنى مجاور
فشابه كراهة الاستيلاء ، وإن كان كبيرين فلا بأس بالتفريق
بينهما لأنه ليس في معنى ما ورد به النص ، وقد صح أنه « رح »
فرق بين مارية وسيرين ، وكانتا أمتين اختين

(لما روينا) أشار به إلى قول علي رضي الله عنه في الحديث بعث أحدهما وقد مر
(فإن الأمر بالإدراك) وهو قوله عليه السلام في الحديث المذكور أدرك .
(والرد) أي القول بالرد في قوله ويروى أردد أردد (لا يكون إلا في البيع الفاسد)
وقال الطحاوي « رح » ولا ينبغي لأحد أن يفرق بين ذو رحم محرم فيهما صغير ، فإن
أبا حنيفة « رح » كان يكره ذلك ، ولا يفسخ البيع ، وكان أبو يوسف ومحمد « رح »
يكرهان ذلك ولا يفسخان البيع ، وكذلك الحكم فيه حتى يبلغ الصغير غير أن محمد
« رح » قال في الصبي إذا كان أخوان أو أختان أو عمتان أو خالتان فإنه لا بأس ببيع
واحد من ذلك واحتباس الصغير مع الآخر ، هذا لفظ الطحاوي وقد ذكر قول محمد
« رح » مع أبي يوسف كما ترى ، وقد ذكر الكرخي « رح » في مختصره قول محمد مع
أبي حنيفة كما ذكره المصنف .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » (أن ركن البيع صدر من أهله) وهو
العاقل البالغ حال كونه مضافاً (في محله) وهو المالية (وإنما الكراهة لمعنى مجاور)
وهو للرخصة الحاصلة بالتفريق (فشابه كراهة الاستيلاء) أي السوم على سوم أخيه فإنه
مكروه لا فاسد ، والحديث محمول على طلب الإقالة أو بيع آخر ممن باع من أحدهما
(وإن كان كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه ليس في معنى ماورد به النص) لأن معنى
ما ورد به الشرع هو أن التفريق قطع الاستيلاء ، وترك التعاقد وليس هذا في الكبيرين
(وقد صح أنه) أن النبي ﷺ (فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين اختين) بيان هذا
ما رواه البزار في مسنده من حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه قال أهدى المقوقس

القبطي لرسول الله ﷺ جاريتين وبغلة كان يركبها ، فأما إحدى الجاريتين فتسراها فولدت له إبراهيم « رح » وهي مارية أم إبراهيم وأما الأخرى فوهبها رسول الله ﷺ لحسان ابن ثابت رضي الله عنه وهي أم عبد الرحمن بن حسان .

وأخرج البيهقي من طريق ابن إسحاق في دلائل النبوة عن الزهري عن عبد الرحمن ابن عبد القادر أن رسول الله ﷺ بعث حاطب بن بلتعة إلى التوفيق صاحب الإسكندرية بكتاب فقبل الكتاب وأكرم حاطباً ، وأحسن نزله ونخرجه إلى النبي ﷺ وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين إحداهما أم إبراهيم ، وأما الأخرى فوهبها رسول الله ﷺ لجهم بن قيس العقدي وهي أم زكريا بن جهم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر ... إنتهى وهذا مرسل ومخالف لما رواه البزار كما تراه .

ولكن جمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي أيضاً بإسناده إلى حاطب بن بلتعة قال بعثني رسول الله ﷺ إلى المقوقس ملك الاسكندرية فبعثته بكتاب رسول الله ﷺ فأترلني في منزله فأقامت عنده ثم بعث إلي وقد جمع بطارقه إلى أن قال ، وهذه هدايا أبعث بها معك إلى محمد ﷺ فأهدي إلى رسول الله ﷺ ثلاث جوار منهن أم إبراهيم بن رسول الله ﷺ وواحدة وهبها عليه الصلاة والسلام لأبي جهم بن حذيفة العدوي وواحدة وهبها حسان بن ثابت الأنصاري ... إنتهى .

قلت أبو جهم ذكره أبو عمر في الاستيعاب وقال قيل إسمه عامر بن حذيفة ، وقيل عبيد بن حذيفة أسلم عام الفتح وصحب النبي ﷺ توفي آخر خلافة معاوية رضي الله عنه وأما جهم بن قيس فذكره أيضاً في الاستيعاب ، وقال جهم بن قيس بن عبد بن شرحبيل ابن عبد مناف بن عبد الدار ، وقال هاجر إلى أرض الحبشة مع امرأته وتوفيت امرأته هناك ولم يتعرض إلى قضية هبة النبي عليه الصلاة والسلام إياه الجارية ولا في أبي جهم ، وأما سيرين فقيد ذكرها أبو عمر « رح » في الاستيعاب في باب السين المهمة وكذا ذكرها الذهبي في تجريد الصحابة وذكرها الأتزازي بثلاث نقط على السين ، والظاهر أنه سهو .

باب الإقالة

الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول لقوله ﷺ من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ، ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه

(باب الإقالة)

أي هذا باب في بيان أحكام الإقالة ، قيل الإقالة مشتق من القول والهمزة للسلب كاشكي يعني أزال القول السابق وهذا سهو بل هي من القيل يدلل ، قلت البيع بكسر القاف فهذا يدل على أن عين الفعل . يا والجوهري ذكرها في الصحاح في القاف مع الياء وأقلته البيع إقالة وهو فسخه ورفع ، وذكر في مجموع اللغة قال البيع قبلاً وإقالة فسخ والمناسبة بين هذا الباب وبين الذي قبله هي أن الخلاص من حيث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للإقالة تعلقاً خاصاً بها فذكر عقبها .

(الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول) لا خلاف للأئمة الأربعة « رح » في جواز الإقالة ولكن خلافهم أنها فسخ أو بيع على ما يأتي ، والدليل على جوازها الحديث للذي يأتي ولأن الإقالة رفع العقد والعقد حق المتعاقدين وقد انعقد بتراضيها فكان لهما رفعه دفماً للحاجة (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي عليه الصلاة والسلام (من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة) هذا الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ من أقال مسلماً بيعته أقال الله عثرته ، زاد ابن ماجه يوم القيامة ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه ، وقال ابن حبان فيه يوم القيامة دون الحاكم ونادماً عند البيهقي .

(ولأن العقد) أي عقد البيع (حقهما فيملكان رفعه) أي رفع العقد الذي وقع

دفعاً لحاجتهما ، فإن شرط أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد
مثل الثمن الأول ، والأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع
جديد في حق غيرهما ، إلا أنه لا يمكن جعله فسخاً فتبطل وهذا
عند أبي حنيفة « رح » ، وعند أبي يوسف « رح » هو بيع إلا أنه
لا يمكن جعله بيعاً فيجعل فسخاً ، إلا أنه لا يمكن فتبطل ،

بينهما (دفعاً) أي لأجل الدفع (لحاجتهما) لأن كل من كان له حق يملك رفعه (فإن شرط
أكثر منه) أي من الثمن الأول (أو أقل) أي أو شرط الأقل من الثمن الأول (فالشرط
باطل) ولا يسقط رد الثمن من البائع ، وعند الشافعي رضي الله عنه الإقالة فاسدة والثمن
على حال ، وإذا كان الشرط المذكور باطلاً (يرد) أي البائع (مثل الثمن الأول) الذي
وقع العقد عليه .

(والأصل) أي في هذا الباب (أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين) في جميع الأحوال
منقولاً كان المبيع أو غير منقول ، مقبوض أو غير مقبوض (بيع جديد) أي الإقالة
بيع (في حق غيرهما) ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما إذا باع داراً فسلم الشفيع الشفعة
ثم تقايلا وعاد المبيع إلى ملك البائع ، ولو كانت الإقالة بيعاً لما جاز لكونه قبل القبض
بل هي جديد في حق غيرهما (إلا أنه لا يمكن جعله فسخاً فتبطل) أي الإقالة كما إذا
ولدت المبيعة بعد القبض ولذا فإن الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقاً للشرع .

(وهذا) أي المذكور كله (عند أبي حنيفة رضي الله عنه) وعند أبي يوسف « رح »
هو بيع (أي الإقالة بيع ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المذكور أو بالنظر إلى أن لفظ
الإقالة في الأصل مصدر (إلا أنه لا يمكن جعله بيعاً) كما إذا تقايلا في المنقول قبل القبض
(فيجعل فسخاً، إلا أنه لا يمكن) أي جعله فسخاً (فتبطل) أي الإقالة كما إذا تقابل في
العروض المبيعة بالدرهم بعد هلاكهما أو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس
الثمن الأول ، لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الأول وقد سما
ثمناً آخر .

وعند محمد «رح» هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخاً فيجعل
بيعاً، إلا أنه لا يمكن فيبطل، لمحمد «رح» أن اللفظ للفسخ
والرفع منه يقال أقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته، وإذا تعذر فيحمل
على محتمله وهو البيع، ألا ترى أنه بيع في حق الثالث، ولأبي
يوسف «رح» أنه

(وعند محمد «رح» هو فسخ، إلا إذا تعذر جعله فسخاً) أي إلا إذا تعذر جعل
عقد الإقالة فسخاً بأن تقابلاً بعد القبض بالثمن الأول بعد الزيادة المنفصلة أو تقابلاً بعد
القبض بخلاف جنس الثمن الأول (فيجعل بيعاً إلا أنه لا يمكن) أي جعله بيعاً
كما في صورة بيع العروض بالدرهم بعد هلاكها (فتبطل) أي الإقالة ويبقى العقد
على حاله .

وفي الذخيرة هذا الخلاف بينهم فيما إذا حصل الفسخ بلفظ الإقالة، أما إذا جعل
بلفظ المفاسخة والمبادلة أو الرد فإنها لا تجعل بيعاً وإن أمكن أن تجعل بيعاً، وفي شرح
الوجيز إذا كانت الإقالة بلفظ الإقالة فيه قولان فسخ أو بيع، أما إذا قالوا تقاسخنا فهو
فسخ لا محالة، وفي شرح الأقطع وعن أبي حنيفة «رح» رواية أخرى أن الإقالة بيع
بعد القبض وفسخ قبله، وفي شرح الطحاوي وروى عن أبي يوسف «رح» أنه قال
الإقالة بيع على كل حال حتى أنه أبطل الإقالة في المنقول قبل القبض لأنه لا يجوز بيعه
(لمحمد «رح» أن اللفظ) أي لفظ الإقالة (للفسخ والرفع) يعني في اللغة (ومنه يقال
أقلني عثرتي) أي ارفعها (فيوفر عليه) أي على اللفظ (قضيته) أي ما اقتضاه من
موضوعه اللغوي .

(وإذا تعذر) أي الفسخ (يحمل على محتمله وهو البيع) بطريق المجاز، ولهذا كانت
بيعاً في حق الثالث، وإنما يحمل على البيع صيانة لكلام العاقل عن الإلقاء، وقوله
(ألا ترى) توضيح لكون الإقالة بيعاً عند تعذر الفسخ بطريق المجاز وهو احتمال اللفظ
إياه (أنه) أي أن الإقالة (بيع في حق الثالث) وهو الشفيع (ولأبي يوسف أنه) أي

مبادلة المال بالمال بالتراضي ، وهذا هو حد البيع ، ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه أحكام البيع ولأبي حنيفة « روح » أن اللفظ يبنى على الفسخ والرفع لما قلنا ، والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية ، ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لأنه ضده ، واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان ، وكونه بيعاً في حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت

أن الإقالة (مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو) أي المذكور وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي (حد البيع) وأن تلفظاً بلفظ الإقالة لأن العبارة للمعاني لا للألفاظ ، ولهذا تجعل الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة . (ولهذا) أي ولكون الإقالة مبادلة المال بالمال بالتراضي الذي هو حد البيع (تبطل) أي الإقالة (بهلاك السلعة وترد بالعيب) كما في البيع (وتثبت به الشفعة ، وهذه أحكام للبيع) فتكون الإقامة بيعاً إلا أن المتقول قبل القبض لو حملت على البيع كان فاسداً فعملت على الفسخ حملاً لكلامهما على الصحة .

(ولأبي حنيفة « روح » أن اللفظ) أي لفظ الإقالة (يبنى على الرفع والفسخ لما قلنا) أشار به إلى قوله إن اللفظ للفسخ والرفع (والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية) فإذا تعذر صير إلى المجازان أمكن وإلا بطل (ولا يحتمل) أي الإقالة (ابتداء العقد ليحمل عليه) أي على العقد مجاز (عند تعذره لأنه) أي لأن العقد (ضده) أي ضد الرفع (واللفظ لا يحتمل ضده) واستعارة أحد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه ، فإذا كان كذلك (فتعين البطلان) أي بطلان الإقالة .

(وكونه بيعاً في حق الثالث) جواب عما يقال الإقالة بيع جديد في حق الثالث ، ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك تقرير الجواب أن كون الإقالة بيعاً في حق الثالث الذي هو الشفيع (أمر ضروري) يعني ثبوته بيعاً بطريق الضرورة - والمحكم لا باعتبار اللفظ وليس بطريق المجاز إذ الثابت بالمجاز ثابت تقتضيه الصيغة ، وهذا ليس كذلك (لأنه

به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة ، إذ لا ولاية لهما
على غيرهما إذا ثبت هذا نقول إذا شرط الأكثر فالاقالة على
الثلث الأول لتعذر الفسخ على الزيادة إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال
فيبطل الشرط لأن الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع ،
لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا ،

يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك (للبائع ببدل ظهر موجه في حق ثالث دونهما
لامتناع ثبوت التضدين في محل واحد ، فإذا كان كذلك اعتبر الحكم في الثالث لا الصيغة
يعني لا تعتبر الصيغة وهو معنى قوله (لا مقتضى الصيغة) لأن البيع وضع لإثبات الملك
قصداً وزوال الملك من ضروراته والإقالة وضعت لإزالة الملك وإبطاله وثبوت الملك من
ضروراته فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما كان لصاحبه كما ثبت في المبايعة فاعتبر
موجب الصيغة في حق المتعاقدين ، لأن لهما ولاية على أنفسهما ، واعتبر الحكم في حق
غيرهما ، ولا ولاية لهما في حق غيرهما وهو معنى قوله (إذ لا ولاية لهما) أي للمتعاقدين
(على غيرهما) بأن يجعل هذا المبيع فسخاً في حق غيرهما ، لكون الفسخ إضراراً في حق
الغير ، وجواب المصنف « رح » في الحقيقة ... الخ .

وقال الأكمل « رح » وجواب إخوان المدعي أن كون الإقالة بيعاً جديداً في حق
ثالث ليس مقتضى الصيغة ، لأن كونها فسخاً مقتضاهما فلو كان كونها بيعاً كذلك لزم
الجمع بين الحقيقة والمجاز (إذا ثبت هذا) أي ما ذكر من الأصل (نقول إذا اشترط
الأكثر فالاقالة على الثلث الأول) الذي وقع عليه العقد (لتعذر الفسخ
على الزيادة) لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على
الزيادة ليس كذلك (إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط) والاقالة لا تبطل
(لأن الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع) حيث يبطل بالشروط الفاسدة
(لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا) لأن في الشرط شبهة الربا ، لأن فيه
منفعة لأحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض

أما لا يمكن إثباتها في الرفع وكذا إذا شرط الأقل لما بيناه ، إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب ، وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً ، لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف « رح » ، وعند محمد « رح » جعله بيعاً ممكن فإذا زاد كان قاصداً بهذا البيع وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف « رح » ، لأنه هو الأصل عنده ، وعند محمد « رح » هو فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن

(أما لا يمكن إثباتها) أي إثبات الزيادة (في الرفع) أي في رفع العقد لأن الاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة ، فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لأن الزيادة فيه إثبات ما لم يكن بالعقد فيتحقق الربا .

(وكذا إذا شرط الأقل) أي من الثمن الأول (لما بيناه) من قوله إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال ، وقال الأتزازي « رح » إشارة إلى قوله لتعذر الفسخ (إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالأقل ، لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب) وقال تاج الشريعة « رح » هذا إذا كانت حصة العيب مقدار المحطوط أو زائد أو أنقص بقدر ما يتقارب الناس فيه (وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » (في شرط الزيادة يكون بيعاً ، لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد « رح » جعله بيعاً ممكن) يعني وإن كانت الاقالة عنده فسخاً ، لكنها في الزيادة غير ممكن ، وجعله بيعاً ممكن (فإذا زاد كان قاصداً بهذا البيع) لأن في الزيادة تعذر العمل بالحقيقة فيصار إلى المجاز صونا للكلام العاقل عن الالتفاء ، ولا فرق عند أبي يوسف « رح » في الزيادة والنقصان ، لأن الأصل عنده هو البيع ، وعند محمد « رح » هو الفسخ .

(وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف « رح ») أي بيع عنده (لأنه) أي لأن البيع (هو الأصل عنده ، وعند محمد « رح » هو فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن

بعض الثمن الأول وهو الأصل ، ولو سككت عن الكل وأقال يكون
فسخاً ، فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد ، وإذا دخله عيب فهو فسخ
بالأقل لما بيناه . ولو قال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن
الأول عند أبي حنيفة « رح » ، ويجعل التسمية لغوا ، وعندهما بيع
لما بينا ، ولو ولدت المبيعة ولدأ ثم تقايلا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد
مانع من الفسخ ، وعندهما يكون بيعاً ،

بعض الثمن الأول وهو الأصل ، ولو سككت عن الكل (أى عن جميع الثمن) وأقال
يكون فسخاً ، فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد (حيث يجعل بيعاً عند محمد « رح » ، واعترض
بأن كونه فسخاً إذا سككت عن كل للثمن اما أن يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق
والأول رد المختلف على المختلف ، والثاني غير قاض ، لأن أبا يوسف « رح » إنما يجعله
فسخاً لامتناع جعله بيعاً لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان ، فإن فيها ما يصلح ثمنأ .
(وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيناه) أن الخط يجعل بازاء ما فاته بالعيب
(ولو قال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة « رح » ، ويجعل
التسمية لغوا ، وعندهما بيع لما بينا) يعني وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة (ولو
ولدت المبيعة ولدأ ثم تقايلا فالإقالة باطلة عنده) يعني عند أبي حنيفة « رح » (لأن
الولد مانع من الفسخ) لأجل الزيادة (وعندهما يكون بيعاً) وحاصله ما ذكره في
الذخيرة أن الجارية إذا ولدت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الإقالة سواء كانت
الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصل كالولد والأرض والعقر ، لأن الزيادة قبل القبض
لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة ، والزيادة بعد القبض إن كانت منفصلة فالإقالة
باطلة عند أبي حنيفة « رح » ، لأنه لا يصححها إلا فسخاً وقد تعذر حقاً للشرع ، وإن
كانت متصلة فهي - صحيحة عنده لأن المتصلة لا تمنع الفسخ عنده متى وجد برضا من
له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها وقد وجد الرضى لما تقايلا فأمكن تصحيحها
فسخاً عنده .

والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد
«رح» وكذا عند أبي يوسف «رح» في المنقول لتعذر البيع ،
وفي العقار يكون بيعاً عنده لإمكان البيع فإنه يبيع العقار قبل القبض
جائز عنده . قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع
يمنع عنها ، لأن رفع المبيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون
الثمن ، فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام البيع
فيه وإن تقابضاً تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما ولا تبطل بهلاك
أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقياً والله
أعلم بالصواب

(والاقالة قبل القبض من المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد «رح» وكذا
عند أبي يوسف «رح» في المنقول لتعذر البيع) وذلك أن يبيع المنقول قبل القبض لا
يجوز بالاجماع ، ويبيع العقار قبل القبض يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» (وفي العقار
يكون بيعاً عنده) أى عند أبي يوسف «رح» (لا مكان البيع فإنه يبيع العقار قبل
القبض جائز عنده) أى عند أبي يوسف «رح» .

(قال) أى القدورى (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع عنها) أى
صحة الإقالة (لأن رفع المبيع يستدعي قيامه) أو قيام البيع (وهو) أى قيام
البيع (قائم بالمبيع ودون الثمن) لأن الأصل هو المبيع ولهذا شرط
وجوده عند البيع بخلاف الثمن فإنه بمنزلة الوصف ، ولهذا جاز العقد وإن
لم يكن موجوداً (فإن هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام
البيع فيه وإن تقابضاً) أى لو عقد العقد المقايضة وهي بيع عوض بعوض مأخوذ من قولهم
هما قبضان أى مثلاً (تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما) أى أحد العوضين (ولا تبطل
بهلاك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقياً والله أعلم بالصواب) لأن

الأصل وجود المبيع فإن قيل ما الفرق بين التقابض والتصارف فإن هلاك البديلين في الصرف غير مانع من الإقالة ، وفي التقابض مانع مع أن في كل منهما لكل واحد من البديلين حكم المبيع ، إذ ليس أحدهما أولى من الأخرى في جعله مبيعاً أو ثمناً ، قلنا الفرق أن في التصارف لا يلزمه رد المقبوض بعد الإقالة وله الخيار إن شاء رده وإن شاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض مانعاً لصحة الإقالة ، وإن كان في العوضين جميعاً لأن الإقالة لا تتعلق بأعيانها لو كانت قائمتين فصار هلاكهما كقيامهما ، بخلاف المقايضة لأنها متى كانت قائمتين فتعلق الإقالة بأعيانها وبهلاكهما لم يبق شيء من المعقود عليه ، وشرط قياسه في البيع والإقالة كذا في المبسوط .



باب المراجعة والتولية

قال المراجعة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن مع زيادة ربح ،
والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح ،

(باب المراجعة والتولية)

أي هذا باب في بيان أحكام المراجعة والتولية ، ولما ذكر أنواع البيوع التي ترجع إلى جانب المبيع ، شرع في بيان أنواع البيوع التي ترجع أحكامها إلى جانب الثمن من المراجعة والتولية والربا والعرف والمبيع بالنسيئة وتقديم الأول على الثاني لأصالة المبيع دون الثمن .
(قال) أي القدوري (المراجعة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح) هذا تعريف المراجعة وهو مصدر رائج من باب المفاعلة الذي يستدعي مشاركة الإثنين ، قوله ما ملكه وفي بعض النسخ ما تملكه من باب التفعّل (والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) التولية مصدر وفي غيره أي جعله والياً . هذا بحسب اللغة وأما بحسب اصطلاح الشرع فهو الذي ذكره وفي كل منهما اعتراض .

أما تعريف المراجعة فغير مطرد ولا منعكس ، أما الأول فلأنه من اشترى دنانير بالدرهم لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه ، وأما الثاني فلأن المقصود الأبق إذا عار بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز يبيعه للغاصب مرابحة ، والتعريف ليس بصادق عليه لأنه لا عقد فيه ، ولأنه مشتمل على إبهام يجب عنه خلو التعريف ، وذلك لأن قوله بالثمن الأول إما أن يراد به عين الثمن الأول أو مثله لا سبيل إلى الأول لأن عين الثمن الأول صار ملكاً للبائع الأول ، فلا يكون مراداً في البيع الثاني ولا إلى الثاني ولأنه لا يخلو إما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار ، والأول ليس بشرط لما ذكر في الإيضاح والمحيط أنه إذا باعه مرابحة ، فإن كان ما اشتراه بدله مثل جاز جعل الربح من جنس رأس المال

والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع لأن الغبي

للدراهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس ، إذا كان معلوماً يجوز به الشراء لأن الكل ثمن .

والثاني يقتضي أن لا يضم إلى رأس المال إجرة القصار والصباغ والطرار وغيرها بأنها ليست بثمن في العقد الأول على أن الثمن ليس بشرطه في المراجعة أصلاً ، فإنه لو ملك ثوباً بهته أو وصبه فقومه ثم باعه مرابحة على ملك والقيمة جاز المسألة في المبسوط .

قيل فعلى هذا الأولى أن يقال نقل ما ملكه من السلع بما قام عنده ، والجواب عن الأول إننا لا نسلم صدق التعريف عليه ، فإنه إذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل ، وعن الثاني بان المراد بالعقد أعم من أن يكون ابتداءً أو إنتهاءً ، وإذا قضى بالقيمة عاد ذلك عقداً حتى لا يقدر المالك على رد القيمة وأخذ المقتوب ، والمراد به بالمثل هو المثل في المقدار ، والمادة جرت بإلحاق ما يزيد في البيع أو قيمته إلى رأس المال كان من جملة الثمن الأول عادة ، وإذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً عما قام عنده من غير خيانة فيدخل فيه مسألة المبسوط .

وإنما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المراجعات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة وأما تعريف التولية فإنه يرد على المراجعة من حيث لفظ العقد والثمن الأول الجواب :

(والبيعان) أي بيع المراجعة وبيع التولية (جائزان لاستجماع شرائط الجواز) لأن المبيع معلوم والثمن والناس يعاملون بهما من غير تكبير ، وتعامل الناس من غير تكبير حجة لقوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن (والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع لأن الغبي) بفتح الغين المعجمة وكسر الباء الموحدة وتشديد الباء هو الذي يخفى عليه الأمور ، ويقال هو قليل الفطنة وهو على وزن فاعيل من السواء ، وقال الجوهري « رح » يقول غيبث عن الشيء وغيبته أيضاً أعني غباوة إذا لم تقطن له وغبي على الشيء

الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي ، ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازها ، ولهذا كان مبناها على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها ، وقد صح أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر « رض » بعيرين ، فقال له النبي ﷺ ولني أحدهما فقال هو لك بغير شيء ، فقال عليه السلام أما بغير ثمن فلا ، قال ولا تصح المراجعة

غيباً كذلك إذا لم تعرفه ، ووصف المصنف « رح » المني بقوله (الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح) نقد بأمانته واعتماداً على بصيرته (فوجب القول بجوازها ولهذا) أي ولأجل ذلك (كان مبناها) أي مبنى المراجعة والتولية (على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها) أي وعن شبهة الخيانة حتى إذا اشترى شيئاً مؤجلاً ليس له أن يبيعه مراجعة إلا إذا بين الأجل (وقد صح أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر بعيرين فقال له النبي ﷺ ولني أحدهما فقال هو لك بغير شيء ، فقال ﷺ أما بغير ثمن فلا) هذا غريب فذلك قال الأكل « رح » وقد صح التولية من النبي ﷺ كما ذكره في الكتاب ولم يزد عليه شيئاً .

وحديث أبي بكر رضي الله عنه في البخاري عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها وفيه أن أبا بكر قال للنبي ﷺ خذ بأبي أنت وأمي يا رسول الله راحلتي هاتين فقال ﷺ بالثمن الحديث ليس فيه غير ذلك أخرجه في مكرمة الخلق ، ورواه أحمد « رح » في مسنده ولفظه فأعطى أبو بكر رضي الله عنه إحدى الراحلتين ، فقال خذها يا رسول الله ﷺ فاركبها ، وقال ﷺ أخذتها بالثمن الحديث وفي الطبقات لابن سعد ، وكان أبو بكر رضي الله عنه قد اشتراها بثان مائة درهم من نعم بني قسر ، فأخذ أحدهما وهي القصواء .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض) أي

والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ، ولو كان المشتري باعه مرا بحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم أو بشيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم ، وإن باعه بربح ده يازده لا لايحوز لانه باعه برأس المال وبيعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ، ويجوز أن يضيف إلى

الثن (مما له مثل لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة) تعرف بالحزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة فيحترز عنها كما يحترز عن حقيقة الخيانة إذ مبنى المراجعة على الأمانة ، ولهذا لو اشترى عبيدين أو ثوبين بثمن مؤجل فباع أحدهما مراجعة بحصة من الثمن أو بغير بيان الأجل لا يحوز عندنا .

وقال الشافعي رضي الله عنه يحوز ان قسط الثمن على القيمة وأخبر بما يخصه (ولو كان المشتري باعه مرا بحة ممن يملك ذلك البدل) قوله مراجعة نصب على التمييز ، وقوله ممن يملك ذلك البدل خبر كان ، صورته رجل باع عبداً بثوب وملك ذلك الثوب غيره من البائع بسبب من الأسباب ، وذلك الغير الذي في يده الثوب يشتري هذا العبد بذلك الثوب ويربح درهم ، جاز وهو معنى قوله (وقد باعه بربح درهم أو بشيء من المكيل موصوف . جاز لأنه يقدر على الوفاء بما التزم ، وإن باعه بربح ده يازده) أي بربح درهم على عشرة دراهم ، وإن كان الثمن عشرين كان الربح بزيادة درهمين ، وإن كان ثلاثين فثلاثة ولفظ ده بفتح الدال وسكون الهاء وهو إسم العشرة بالفارسية وياء ده بالباء آخر الحروف وسكون الزاي وده مثل الأول وهو إسم أحد عشر بالفارسية ، قال في هذه الصورة (لا يحوز لأنه باعه برأس المال وبيعض قيمته ، لأنه ليس من ذوات الامثال) فصار البائع بائعاً بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلاً أو يجزء من أحد عشر جزء من الثوب ، والجزء الحادي عشر لا يعرف إلا بالقيمة وهي مجهولة فلا يحوز (ويجوز أن يضيف إلى

رأس المال إجرة القصار والطراز والصبغ ، والقتل وإجرة حمل
الطعام لأن العرف جاز بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة
التجار ، ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو
الأصل ، وما عدته به هذه الصفة لأن الصبغ وأخواته يزيد في
العين والحمل يزيد في القيمة ، إذ القيمة تختلف باختلاف المكان .

رأس المال إجرة القصار والصباغ^(١) والطراز (بكسر الطاء وتخفيف الراء وهو علم
بالثوب قاله في المعرب .

(والقتل) من قتلت الحبل وغيره (وإجرة حمل الطعام لأن العرف جار بإلحاق هذه
الأشياء برأس المال في عادة التجار ، ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به ،
هذا هو الأصل وما عدته بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته يزيد في العين أو في قيمته ،
والحمل يزيد في القيمة ، إذ القيمة تختلف باختلاف المكان) بحسب قرب المسافة وبعدها ،
وفي شرح الطحاوي وبعض مشايخنا « رح » اصل في ذلك أصلاً ، فقال كل ما يؤثر في
المعقود عليه ، فإن بدله يلحق برأس المال ، وكل ما لا يؤثر في العين ، فإنه لا يلحق
برأس المال .

إلا أن هذا الأصح لا يصح ، فإن الكبرى وإجرة الثار وسابق الغنم تضم ولا تؤثر في
العين ، وفي الإيضاح والمعنى الذي اعتمد عليه من اعتبار عادة التجار تعم المواضع كلها
(ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذباً) هذا لفظ القدوري
« رح » يعني في كل موضع يجوز له أن يضم إلى رأس المال بقوله قام علي بكذا ، ولأنه
صدق لا يقول اشتريته بكذا لأنه كذب وهو حرام ، وهذا بخلاف ما إذا اشترى متاعاً
ثم رقه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقه فهو جائز ، وهي مسألة الأصل حيث لا
يقول قام علي بكذا ولا اشتريته بكذا لأنه كذب ، وإنما يقول رقه كذا وكذا فافاً أبيه
مرابحة على ذلك ، وقال محمد « رح » في الأصل وكذلك لو كان أصله ميراثاً أو هبة أو

(١) والطراز والصبغ - هامش

ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذباً ،
وسوق الغنم بمنزلة إجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في
العين والمعنى ، وبخلاف إجرة التعليم لان ثبوت الزيادة للمعنى
فيه وهو حذاقته ،

صدقة فقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان ذلك جائزاً ، ورقم الثوب وشاه
رقماً ، والتاجر يرقم الثياب أي يعلم بها بأن ثمنها كذا ومنه لا يجوز بيع الشيء برقمته
كذا في المغرب .

(وسوق الغنم بمنزلة الحمل) يعني في جواز ضم ما أنفق على الغنم في سياقها كما له أن
يضم إجرة الحمل (بخلاف إجرة الراعي) حيث لا يجوز ضمه (وكراء بيت الحفظ لانه)
اي لان إجرة الراعي ، وكذا كراء بيت الحفظ (لا يزيد في العين) وهو ظاهر (والمعنى)
أي ولا يزيد في المعنى وهو القيمة والمالية (وبخلاف إجرة التعليم) وهو عطف على قوله
بخلاف إجرة المراعي (لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه) اي في المتعلم (وهو حذاقته) أي
ذكاء ذهنه .

وفي المبسوط أنفق على عبده في تعلم الدرام لا يلحقها برأس المال لانه ليس فيه عرف ،
وكذلك في تعلم الشعر والغنى والعربية وتعلم القرآن والحساب حتى لو كان في شيء من
ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال ، وكذا لا يلحق إجرة الطبيب والرائض والبيطار
والراعي وجمل الآبق والختان والحجام لعدم العرف وفي التحفة ، وأما إجرة السمسار في
ظاهر الرواية ملحق برأس المال وفي البرامكة قال لا يلحق .

وقال الكرخي « رح » في مختصره وكذلك إذا كان مضار بما أنفق على الرقيق في
طعامهم وكسوتهم ، وما لا بد لهم منه إذا كان ما أنفق من ذلك بالمعروف ، فإن كان
أسرف لم يضم الفضل وضم ما بقى ولا يضم ما أنفق على نفسه في سفره في كسوته وطعامه
ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ، ولا يضم أيضاً ما أنفق على مرض الرقيق في إجرة طبيب
أو حجام أو دواء .

وقيل أجرة الدلال لا تضم ، وكذا المساج الذي يؤجر في الطريق إلا إذا أجرت

فإن اطلع المشتري على خيانة في المراجعة فهو بالخيار عند أي حنيفة «رح» ، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه ، وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن ، وقال الثمن ، وقال أبو يوسف «رح» يحط فيهما ، وقال محمد «رح» يخير فيهما لمحمد «رح» أن الاعتبار للتسمية لكونه

عادة التجار ، وكذا لا يضم كل ما جاوز القوت من الطعام والإمام ، وإلا لإجرة الكيال في الطعام ونحوه ، ويلحق به ثمن علف الدواب وإجرة التجصيص والتطين وحفر البئر في الدار والقناة في الأرض ونفقة الكراب وكسح الكروم وسقى الزرع والكروم ما بقيت ، فإذا ذهبت لم يحسب شيء منه وإجرة لقاط التمر والسلاح والملاح ونحوها فإن أنفق على الغنم وأصاب من أصوافها وألبانها يضم ما فضل من قيمتها من الصوف واللبن وكذا الدجاجة إذا باضت .

وفى تمة الشافعية يدخل المسكن الذي يأخذه السلطان (فإن اطلع المشتري على خيانة) وفى التحفة ظهور الخيانة إما باقرار البائع أو بالبنية أو بالنكول عن اليمين وكذا فى تمة الشافعية (فى المراجعة فهو بالخيار عند أبي حنيفة «رح» ، إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء تركه) وبه قال الشافعى رضى الله عنه فى قول (وإن اطلع على خيانة فى التولية أسقطها من الثمن) أي اسقط الخيانة أي قدرها .

(وقال أبو يوسف «رح» يحط فيهما) أي يحط قدر الخيانة فى المراجعة والتولية جميعاً ، وبه قال الشافعى رضى الله عنه فى قول وأحمد «رح» وابن أبى ليلى «رح» ، وحكى أبو حامد المروزي قول آخر عن الشافعى رضى الله عنه ، إن البيع لا يصح وقبل هو مذهب مالك «رح» (وقال محمد «رح» يخير فيهما) يعنى له الخيار ، وإن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء تركه وبه قال الشافعى رضى الله عنه فى قول (لمحمد «رح» أن الاعتبار للتسمية) لتعلق العقد بالتسمية (لكونها ^(١)) أي لكون

(١) لكونه - هامش .

معلوماً ، والتولية والمراوحة ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ، ولاي يوسف «رح» أن الاصل فيه كونه تولية ومراوحة ، ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول أو بعتك مراوحة على الثمن الاول ، إذا كان ذلك معلوماً فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير أنه يحيط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المراوحة منه ومن الربح ،

التسمية (معلومة ^(١)) لأنه بحسب أن يكون الثمن معلوماً والعلم يحصل بالتسمية (والتولية والمراوحة ترويج وترغيب فيكون) أي ذكر التولية والمراوحة (وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة) أي كوصف سلامة المبيع ، فإذا فات الوصف المرغوب فيه بظهور الخيانة كان بمنزلة العيب (فيتخير بفواته) كما لو وجد المبيع معيباً (ولاي يوسف «رح» أن الأصل فيه) أي في لفظ المراوحة والتولية (كونه) أي كون المعقد (تولية ومراوحة) لا التسمية (ولهذا أي ولأجل كون المعقد تولية ومراوحة) ينعقد (أي المعقد) بقوله وليتك بالثمن الاول ، أو بعتك مراوحة على الثمن الاول إذا كان ذلك (أي الثمن معلوماً) واقتصر هو على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير (فلا بد من البناء على الاول) أي فلا بد من بناء العقد الثاني في حق الثمن على العقد الاول ، إذ الثاني في حكم الاول ، وقدر الخيانة لم يمكن إثباته في العقد الثاني ، فيحط ضرورة وهو معنى قوله (وذلك بالحط) أي يحط شيء من الثمن وهو مجهول فبينه بقوله (غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال) وهو ظاهر .

(وفي المراوحة منه) أي ويحط في المراوحة من رأس المال (ومن الربح) حتى لو باع ثوباً بعشرة على ربح خمسة فظهر أن الثمن كان ثمانية ، يحط قدر الخيانة وهو درهما من الأصل وما قابله من الربح وهو درهم ، فيأخذ الثوب باثني عشر درهماً لأن هذا ربح على الكل ، فظهرت الخيانة في الكل ، فيظهر الأثر في الربح أيضاً .

(١) معلوماً - هامش .

ولأبي حنيفة «رح» أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية
لأنه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الخط ، وفي
المراوحة لو لم يحط تبقى مراوحة ، وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير
التصرف فأمكن القول بالتخير ، فلو هلك قبل أن يرد أو حدث
فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة ، لأنه مجرد
خيار لا يقابله شيء من الثمن ، كخيار الروبة والشرط

(ولأبي حنيفة رضي الله عنه ، إنه لو لم يحط في التولية لا تبقى) أي العقد (تولية
لأنه يزيد على الثمن الاول) لكن لا يجوز أن لا يبقى تولية (فيتغير التصرف) حينئذ
فلا يجوز فإذا كان كذلك (فتعين الخط ، وفي المراوحة لو لم يحط تبقى مراوحة) كما
كانت من غير تغير التصرف ، لكن يتفاوت الربح (وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير
التصرف فأمكن القول بالتخير) لفوات الرضاء (فلو هلك) أي المبيع (قبل أن يرد
أو حدث فيه ما يمنع الفسخ) عند ظهور الخيانة (يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة)
احتراز به عما روي عن محمد رحمه الله في غير رواية الاصول ، إنه يفسخ البيع على القيمة ،
إن كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على حاصله في مسألة التحالف
بعد هلاك السلعة ، إنه يفسخ بعد التحالف دفعاً للضرر عن المشتري ويرد القيمة ويسترد
الثمن كذا هنا .

وقال الإمام الترمذاني رحمه الله من قال بالخط لو هلك المبيع أو استهلكه أو انتقض
فله الخط ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه قولاً واحداً أو إنما القولان له فيما إذا
كانت السلعة قائمة ، وقال بالفسخ إذا امتنع لزمه جميع الثمن .

وفي الكافي لو هلك المبيع قبل أن يرد أو حدث به ما يمنع الفسخ عند ظهور الخيانة
لزمه جميع الثمن وسقط خياره عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وهو المشهور من قول
محمد رحمه الله (لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية) وقد

بخلاف خيار العيب ، لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله
عند عجزه ، قال ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراه ،
فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك ، فإن كان
استغرق الثمن لم يبيعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، وقالوا
يبيعه مرابحة على الثمن الأخير صورته إذا اشترى ثوباً بعشرة باعه
بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة ، فإنه يبيعه مرابحة بخمسة يقول قام
علي بخمسة ولو اشتراه

تعذر الرد بالهلاك أو غيره فيسقط خياره (بخلاف خيار العيب) بحيث لا يجب كل
الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب (لانه) أي لان خيار العيب (مطالبة
بتسليم الفائت) أي الجزء الفائت (فيسقط ما يقابله) أي ما يقابل العيب من الثمن
(عند عجزه) أي عجز المشتري عن تسليمه بهلاك المبيع أو بحدوث ما يمنع الفسخ .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراها
فإن باعه مرابحة طرح) أي طرح البائع الاول وهو المشتري الثاني (عنه) أي عن ثمن
ما اشترى (كل ربح كان قبل ذلك) أي قبل الربح الذي حصل في العقد الثاني (فإن كان)
أي في الربح (استغرق الثمن لم يبيعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه) وبه قال أحمد
رحمه الله (وقالوا يبيعه مرابحة على الثمن الأخير) في الفصلين ، وبه قال الشافعي ومالك
رحمهما الله (صورته) ما ذكره محمد رحمه الله من المسألة (إذا اشترى ثوباً بعشرة
وباعه بخمسة عشر) توضيحه رجل اشترى ثوباً بعشرة دراهم وقبض ثم باعه من غيره
بخمسة عشر وسلم المبيع وانتقد الثمن (ثم اشتراه بعشرة ، فإنه يبيعه مرابحة بخمسة)
عن الثمن الثاني الذي ربح وهو خمسة ، فيبيعه مرابحة على خمسة عند أبي حنيفة رضي
الله عنه .

(ويقول قام علي بخمسة) ولا يقول اشتريته بخمسة لثلا يصير كاذباً (ولو اشتراه

بعشرة وباعه بعشرين مراجعة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مراجعة أصلاً ،
وعندهما يبيعه مراجعة على العشرة في الفصلين ، لهما أن العقد
الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المراجعة
عليه كما إذا تخلل ثالث ، ولأبي حنيفة « رح » أن شبهة حصول
الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به بعدما كان على شرف
السقوط بالظهور على عيب ،

بعشرة وباعه بعشرين مراجعة ، ثم اشترى بعشرة لا يبيعه مراجعة أصلاً) عند
أبي حنيفة رحمه الله يعني لا يبيعه مراجعة من غير بيان ، بل يبيعه مساومة
لأنه إذا حط عنه الربح لا يبقى الثمن (وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح »
(يبيعه مراجعة على العشرة في الفصلين) أي في الفصل الأول والثاني (لهما) أي لأبي
يوسف ومحمد « رح » (إن العقد الثاني عقد متجدد ومنقطع الأحكام عن الأول) وفي
المبسوط ، إنه شراء مستقل فلا يدخل فيه ما قبله من ربح أو ضيعة وكل ما هو كذلك
(فيجوز بناء المراجعة عليه كما إذا تخلل ثالث) بأن اشترى من مشتريه توضيحه باعه
بعشرين ثم باعه المشتري إلى ثالث ، ثم اشتراه البائع الأول بعشرة تجوز المراجعة بعشرة .
(ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة) يعني أن
الربح الثاني الذي استفاده بالعقد كان على شرف السقوط بأن يرد بعيب ، فإذا اشتراه من
المشتري تأكد وهو معنى قوله (لأنه يتأكد به) أي لأن الربح الذي كان على شرف
السقوط يتأكد به ، أي بالعقد الثاني ، (بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب)
وللتأكيد في بعض المواضع حكم الإيجاب ، كما في شهود الطلاق قبل الدخول ، إذا رجعوا
يضمنون نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط لاحتمال أنه يسقط بتقبيل ابن الزوج
أو بالإرتداد ، فإذا اعتبرنا التأكيد يصير البائع في مسألتنا مشترياً بالعقد الثاني ثوباً وخمسة
دراهم بالعشرة ، فيكون الخمسة بإزاء الخمسة ويبقى الثوب بالخمسة ، ويبيعه مراجعة على
خمسة احترازاً عن شبهة الخيانة فإنها لحقيقتها ، وهو معنى قوله .

والشبهة كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطاً ولهذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح بشبهة الخطيئة ، فيصير كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره . قال وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة ، وعليه دين يحيط برقبته

(والشبهة كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطاً) أي لأجل الإحتياط (ولهذا) أي ولأجل ذلك (لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح) صورة الصلح ادعى على رجل ألف درهم فصالحه على ثوب أو عبد ، فانه لا يبيعهما مراجعة على ألف لأن الصلح بناء على التجوز والخطيئة ، ولو وجد الخط حقيقة ما جاز المبيع مراجعة فكذا (بشبهة الخطيئة) وهي ما يحيط من ثمن السلعة (فيصير كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة فيطرح خمسة) يعني إذا كان شبهة حصول الربح ثابتة ، يصير كأنه اشترى بالعقد الثاني خمسة دراهم وثوباً بعشرة ، فالخمس بازاء الخمسة ، والثوب بخمسة فيبيعه مراجعة على خمسة ، وعورض بأنه لو كان كذلك لما جاز الشراء بعشرة فيما إذا باعه بعشرين ، لأنه يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان ثمنه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض . وأجيب بأن التأكيد له شبهة الإيجاب في حق العباد واحترازاً عن الخيانة لا في حق الشرع ، وشرعية جواز المراجعة لمعنى راجع إلى العباد فيؤثر التأكيد في المراجعة ، وأما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا فحق الشرع فلا يكون التأكيد فيه شبهة الإيجاب ، كذا نقل من فوائد الامام العلامة حميد الدين رحمه الله (بخلاف ما إذا تخلل ثالث) أي بينها (لأن التأكيد) أي تأكيد الربح (حصل بغيره) وهو الثالث فلم يستفد ربح المشتري الاول بالشراء الثاني ، فانتفت الشبهة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته) أي والحال أنه مدين بدين يحيط برقبته ، وفي النهاية إنما قيد به لأنه لو لم يكن على العبد دين وباع من المولى لم يصح ، لان هذا البيع لا

فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة على عشرة ، وكذلك
إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد ، لأن في هذا العقد
شبهة العدم ، لجوازه مع المنافي ، فاعتبر عدماً في حكم المrabحة وبقي
الاعتبار للأول ، فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشره في الفصل
الأول ، وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني ، فيعتبر الثمن الأول .

يفيد المولى لم يصح لأن هذا البيع لا يفيد المولى شيئاً لم يكن له قبل البيع لا يملك الرقبة
ولا يملك التصرف (فباعه من المولى بخمسة عشرة فإنه) أي فإن المولى (يبيعه مرابحة على عشرة
وكذلك إن كان المولى) هو العقد الذي (اشترى فباعه من العبد) بخمسة عشر ، بآعه
العبد مرابحة على عشرة (لأن في هذا العقد) أي ببيع العبد من المولى وعكسه (شبهة
العدم) أي شبهة عدم الجواز لا حقيقة عدم الجواز (لجوازه مع المنافي) أي لجواز العقد ،
لقيام الدين مع وجود المنافي للجواز وهو كون العبد ملكاً للمولى فصار كأنه باع ملك نفسه
من نفسه وكذا في الشراء (فاعتبر عدماً) أي فاعتبر العقد كأن لم يكن (في حكم المrabحة)
لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الجناية .

وإذا عدم البيع الثاني (وبقي الاعتبار للأول) أي العقد الأول (فيصير كأن العبد
اشترى للمولى بعشرة في الفصل الأول) أي فيما إذا باعه من مولاه (وأنه يبيعه للمولى في
الفصل الثاني) أي فيما إذا باعه المولى من عبده (فيعتبر الثمن الأول) أي الثمن المذكور
في الفصل الأول فلا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وإنما يبيعه على الثمن
المذكور في الأول .

وقال السكاكي ذكر هذه المسألة وأخواتها في المبسوط من غير ذكر دين العبد فقال :
وإذا اشترى شيئاً من أبيه ، أو أمه ، أو ولده ، أو مكاتبه ، أو عبده ، أو اشترى العبد
أو المكاتب من مولاه أشياء بثمن قد قام على البائع بأقل من ثمنه لم يكن أن يبيعه مرابحة
إلا بالذي قام على البائع من العبد والمكاتب بالاتفاق ، لأن بيع المrabحة
على ما يتيقن بخروجه عن ملكه ، لأن كسب العبد لمولاه ، وما حصل من مكاتبه من
وجهه كان له أيضاً .

قال وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف ، فاشترى ثوباً بعشرة ، وباعه من رب المال بخمسة عشر ، فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف ، لأن هذا البيع ، وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفر ، مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه

وللمولى في حق الملك في كسب المكاتب وينقلب ذلك حقيقة الملك عند عجزه ، فأما في غير المالك من الآباء والأولاد والأزواج فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وبه قال أحمد والشافعي رحمهما الله في وجهه .

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رضي الله عنهم في قول : له أن يبيعه مرابحة بما اشتراه لتباين الأملك بينهما .

وقال الأتروزي قد اختلف نسخ شروح الجامع الصغير ، فقد قيد فخر السلام دين العبد المستغرق .

وقال الصدر الشهيد بمثل مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط . وقاضي خان قيد بالمحيط أيضاً ، والعنابي قيد بالمأذون فحسب ، ولم يذكر الدين أصلاً ، وقال في شرح الطحاوي لو اشترى من ممالكه ومكاتبه وعنده المأذون الذي عليه دين أو لا دين عليه فإنه يبيعه مرابحة على أقل الضمانين إلا أن يبين الأمر على وجهه .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف ، فاشترى ثوباً بعشرة ، وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه) أي فإن رب المال (يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لأن بيع المرابحة بيع أمانة يحتوز فيها عن شبهتها (لأن هذا البيع ، وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفر) فإن عنده لا يحوز بيع رب المال من المضارب ، ولا يبيع المضارب من رب المال ، إذا لم يكن في المال ربح (مع أنه يشتري ماله بماله) أي مع أن رب المال يشتري مال نفسه بمال نفسه ، لأن رقة المال له (لما فيه) دليل قوله قضى بجوازه وذلك أن ولاية التصرف انقطعت عن رب المال بتسليم المال إلى المضارب ، ثم لما اشترى من المضارب استفاد ولاية التصرف وهو معنى قوله ، لما فيه ، أي لما في هذا العقد .

من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود، والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم، ألا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدماً في حق نصف الربح. قال ومن اشترى جارية فأعورت

(من استفادة ولاية التصرف) أي ملك اليد ، لأن رب المال بالتسليم إلى المضارب قطع ولاية التصرف عن ماله ، وبالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرف ، ولهذا لو صار مال المضاربة جارية لا يحل لرب المال وطئها وإن لم يكن فيها ربح ، ذكره الامام التمرقاشي « رح » .

وللمضارب حق التصرف ، ولهذا لا يملك رب المال منع المضارب عن التصرف ، ذكره في الإيضاح (وهو مقصود) أي حصول ولاية التصرف هو المقصود (والانعقاد يتبع الفائدة) أي انعقاد العقد يتبع الفائدة ، ولهذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره ، واشتراهما صفقة واحدة جاز ، ودخل عبده في الشراء لحصول الفائدة ولهذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز ودخل عبده في الشراء لحصول الفائدة في حق إنقسام الثمن ثم يخرج ، فكذا فيما نحن فيه ، لأن المال كالمملوك للمضارب في حق التصرف ، وكفيل المملوك لرب المال في حق التصرف ، ولا يملك رب المال إبطال هذا الملك للمضارب إلا بالشراء فجاز ذلك لحصول الفائدة .

(ففيه شبهة العدم) جواب قوله ، وإن قضى يحوازه ، أي عدم الجواز ، ثم أوضح المصنف « رح » ذلك بقوله (ألا ترى أنه) أي أن المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الأول من وجه) لأنه يعمل لنفسه ولرب المال ، ولهذا يكون الربح لهما بخلاف الوكيل لانه يعمل للموكل ، ولهذا يكون الربح له (فاعتبر البيع الثاني) يعني لما كان فيه شبهة العدم اعتبر البيع الثاني (عدماً في حق نصف الربح) لان ذلك حق رب المال .

وقال تاج الشريعة في حق نصف الربح نصف حق الربح الذي بحصته ولا يعمل في حق نصف الربح يستحقه المضارب ، إذ لا شبهة في هذا النصف أصلاً (قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى جارية فأعورت) أي بأقفة سماوية أو ثوباً أو

أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرا بحة ولا يبين، لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن، لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن، ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن، والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطي

طعاماً، فأصابه عيب عند المشتري بغير فعل أحد (أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرا بحة، ولا يبين) أي لا يقول أنها سليمة فأعورت في يدي (لأنه لم يحتبس عنده) أي عند المشتري. وفي بعض النسخ لأنه لم يحتبس بفعله أي بفعل المشتري (شيء يقابله بمقابلة الثمن، لان الاوصاف تابعة) والغاية وصف (لا يقابلها الثمن) أي فلا يقابلها شيء من البذل إذا جاءت بغير صنع أحد، وإنما البذل كله مقابلة الاصل وهو باق على حاله فيبيعه مرا بحة بلا بيان.

(ولهذا) توضيح لقوله، لأنه لم يحتبس عنده شيء بمقابلة الثمن (فلو فاتت) أي المين (قبل التسليم) إلى المشتري (لا يسقط شيء من الثمن، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن) لأنها ليست بمال، فإن قيل، يشكل على قوله الغاية وصف لا يقابله شيء من الثمن الاجل، فإنه وصف وعليه أن يبيعه إذا اشتراه بالاجل.

قلنا يعطى في مقابلة الاجل شيء عادة فيكون في مقابلة شيء من الثمن، فيكون كالجزء فيلزمه البيان، فإن قيل المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء والجزء إذا قصد إتلافه كان له قسط من الثمن، بدليل أنه لو اشترى جارية فوطئها، ثم وجد بها عيباً لم يتمكن من الرد، وإن كانت هي ثيباً وقت الشراء، وذلك باعتبار أن المستوفى بالوطي بمنزلة إحباس جزء من البيع عند المشتري قلنا عدم جواز الرد باعتبار ما ذكرت غير مسلم، بل لمعنى آخر، وهو لا يخلو: إما أن يردّها مع العقد ولا وجه إليه، لان العقد ما ورد على الزيادة، أو يردّها بغير عقد ولا وجه إليه أيضاً لأنها تعود إلى قديم ملكه فيكون وطء المشتري بلا ملك وذا لا يجوز (والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطي) لأنها إذا نقصها فات الوصف بفعل قصدي، وهذا في الثيب لان الوطي لا ينقصها فإنه يبيعها مرا بحة قبل البيان، بخلاف البكر، فإنه إذا وطئها، فأزال لعذرتها لا يبيعها مرا بحة

وعن أبي يوسف في الفصل الاول أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله ، وهو قول الشافعي ، فأما إذا فقا عينها بنفسه ، أو فقاها أجنبي فأخذ أرشها لم يبيعها مرابحة حتى يبين ، لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن ،

قبل البيان لأنه حبس جزء من العين كما يحكى عن قريب ، وفي الثيب المستوفى ليس بمال فلا يقابله البديل ، فكان كالإستخدام ، ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن غير أن المشتري يخير بين أخذه بكل الثمن وتركه .

وفي قول زفر إذا أعورت بأفة سماوية لا يبيعها مرابحة من غير بيان لأنها قد تغيرت عن حالها التي اشتراها به .

قال الفقيه أبو الليث « رح » ، وقول زفر أحوط ، ثم قال وبه نأخذ .

(وعن أبي يوسف « رح » في الفصل الاول) وهو ما إذا اشترى جارية فأعورت (أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله) أي كما إذا احتبس الشيء الفائب بفعل المشتري (وهو قول الشافعي رضي الله عنه) وهو زفر « رح » أيضاً ، لكنهما اختلفا في التحريج ، فعند زفر يجب البيان باعتبار أنه لو علم المشتري أنه اشتراه غير معيب بما سمى من البديل لم يلزم له ربحاً على ذلك ما لم يعين بعدما تميب ، وأما الشافعي رضي الله عنه فيقول وجب البيان بناء على مذهبه أن للأوصاف حصة من الثمن ، وأن التعيب بأفة سماوية ، ويضع العباد سواء عنده (فقا عينها) وفي بعض النسخ قلنا إذا فقا عينها ، وفي بعضها وأما إذا فقا .

قال الاترازي « رح » هو الاصح ، وقال الاكمل ، وفي بعض النسخ ، قلنا فيكون جواباً لقول أبي يوسف ، والشافعي رحمهما الله ، يعني إذا فقا المشتري عين الجارية (بنفسه أو فقاها أجنبي فأخذ أرشها لم يبيعها مرابحة حتى يبين لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن) وعبارة المصنف « رح » تدل بالتنصيص على أخذ إرشها وهو المذكور في لفظ محمد « رح » في أصل الجامع الصغير ، وقال في النهاية : كان ذكر الارش

وكذا إذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن
وقد حبسها ، ولو اشترى ثوباً فأصابه قرض فأر ، او حرق ثار يبيعه
مراجعة من غير بيان ، ولو تكسر بشره وطئه لا يبيعه حتى يبين ،
والمعنى ما بيناه . قال ومن اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة
ولم يبين ، فعلم المشتري ، فإن شاء رده وإن شاء قبل ، لان للأجل
شبهاً بالمبيع . الا يرى انه يزداد

وقع اتفاقاً ، لانه لما فحق الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ، وجوب ضمان الارش سبب
لاخذ الارش فأخذ حكمه .

ثم قال والدليل على هذا الاطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لأخذ الارش ،
وذكر نقل المبسوط كذلك (وكذا إذا وطئها وهي بكر) لا يبيعه مراجعة إلا بالبيان
(لأن العذرة جزء من العين ، فيقابلها الثمن وقد حبسها) فلا بد من البيان ، ولو فقات
عين نفسها بنفسها فهو كالأعور إذ لا يلزمه البيان كذا في المبسوط (ولو اشترى ثوباً
فأصابه قرض فأر) بالقاف ، من قرض الثوب بالمقراض إذا قطعه . ونص
أبو اليسر على أنه بالفاء (أو حرق ثار يبيعه مراجعة من غير بيان) لان الاوصاف
تابعة لا يقابلها الثمن (ولو تكسر بشره وطئه لا يبيعه ^(١) مراجعة حتى يبين) لانه
صار مقصوداً بالاتلاف (والمعنى ما بيناه) يعني في الدليلين ، أحدهما في قرض الفار ،
والاخر في تكسر الثوب .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه
بربح مائة ولم يبين) أنه اشتراه نسيئة (فعلم المشتري فإن شاء رده وإن شاء قبل) وبه قال
الشافعي وأحمد « رضى » .

وقال الاوزاعي رحمه الله ثبت الاجل (لأن للأجل شبهاً بالمبيع الا يرى أنه يزداد

(١) لا يبيعه حتى يبين - هامش .

في الثمن لاجل الاجل ، والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بشمنهما ، والإقدام على المراجعة يوجب السلامة من مثل هذه الخيانة ، فإذا ظهرت بخير ، كما في العيب ، وإن استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة لأن الاصل لا يقابله شيء من الثمن ، قال فإن كان ولاه إياه ولم يبين رده إن شاء ، لأن الخيانة في التولية مثلها في المراجعة لأنه بناء على الثمن الاول ، وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرناه . وعن أبي يوسف «رض»

في الثمن لاجل الاجل ، والشبهة في هذا (أي في هذا الباب) ملحقة بالحقيقة (أي بحقيقة المبيع احتياطاً) فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بشمنهما (أي بثمن الاثنين) ، وذلك حرام يجب الاحتراز عنه فكذا هذا (والإقدام على المراجعة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة) فإذا لم يبين أنه نسيت قطهر الخيانة ، وظهورها كالعيب فيكون له الخيار وهو معنى قوله (فإذا ظهرت) أي الخيانة (بخير) أي له الخيار بين الاخذ والترك (كما في العيب) أي كما له الخيار عند ظهور العيب في البيع (وإن استهلكه) أي وإن استهلك المشتري المبيع المذكور بوجه ، بأن باعه أو بوجه آخر . (ثم علم لزمه) أي المبيع لزم المشتري لتعذر الفسخ (بألف ومائة لأن الاصل لا يقابله شيء من الثمن) حقيقة ولكن فيه لشبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له أن يفسخ البيع إذا كان المبيع قائماً ، فأما أن يسقط من الثمن شيء بعد الهلاك بمقابلة الاجل فلا .

(قال) أي محمد «رح» ، (وإن كان ولاه إياه) أي باعه بالتولية (ولم يبين) أنه اشتراه بألف نسيت ثم علم المشتري كان له الخيار (رده إن شاء لأن الخيانة في التولية مثلها في المراجعة ، لأنه بناء على الثمن الأول) فلا زيادة ولا نقصان ، فلا يمكن الخط هنا لأن الثمن هو الألف ولا زيادة ، فأى شيء يحط (وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرناه) أراد به قوله ، لأن الاجل لا يقابله شيء من الثمن (وعن أبي

انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد ، وعلم بعد الإنفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى .
وقيل يقوم بثن حال وبثن مؤجل ، فيرجع بفضل ما بينهما ، ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد ، ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط ، وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال .
قال ومن ولى رجلاً شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن ، فإن أعلمه البائع بثنه

يوسف « رح ») في النوادر أنه قال (أنه) أي أن المشتري (يرد القيمة) أي قيمة العين (ويسترد كل الثمن وهو) أي المذكور من هذا الحكم (نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد) بأن كان له على آخر عشرة جياد ، فإذا استوفى زيوفاً (وعلم بعد الإنفاق) يرد زيوفاً مثلها ويأخذ الجياد (وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى) أي في مسائل منشورة قبيل كتاب الصرف (وقيل) قائله الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله (يقوم بثن حال وبثن مؤجل فيرجع) أي البائع (بفضل ما بينهما) أي التفاوت الذي بين القيمتين (ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد ولكنه منجم معتاد) كعادة بعض البلدان يشترط بعقد ويسلمون للثن بعد أشهر ، إما جملة أو منجماً (قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط) أي لأن الثابت بالعرف كالمشروط بين العاقدين (وقيل يبيعه ولا يبينه) يعني لا يجب بيانه (لأن الثمن حال) لعدم ذكر الأجل ، والأصل الحال في الثمن .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن ولى رجلاً شيئاً بما قام عليه) يعني إذا قال وليتك هذا بما قام علي ، يريد به بما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصنع والعقل وغير ذلك ، (ولم يعلم) أي والحال أنه لم يعلم (المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في أصح الوجهين .

والوجه الثاني أنه لا يفسد البيع (فان أعلمه البائع بثنه) أي فان أعلم المشتري

في المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه ، لأن الفساد لم يتقرر ، فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس ، وبعد الإفتراق قد تقرر فلا يقبل الإصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في ذلك المجلس وإنما يتخير لأن الرضاء لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الروية .

البائع بثمنه (في المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه ، لأن الفساد لم يتقرر) لأنه في مجلس العقد لا يتقرر لأن ساعات المجلس كساعة واحدة ، دفعاً للضرر وتحقيقاً لليسر (فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد) العقد لا يتقرر لأن ساعات المجلس كساعة واحدة دفعاً للضرر وتحقيقاً في وجه وفي وجه قال لا ينقلب صحيحاً بعدما انعقد فاسداً (وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس) فان التأخير إلى آخر المجلس عفو كتأخير القبول فان التأخير في آخر المجلس يترابط بالإيجاب وإن تخللت بينهما ساعات فكذا العلم في آخر المجلس كالعلم الحاصل في أوله فيصح على تقدير الإبتداء (وبعد الإفتراق قد تقرر) أي الفساد (فلا يقبل الإصلاح) وفي الكافي « رح » هذا فساد لا يحتمل الإصلاح (ونظيره) أي نظير هذا الحكم (بيع الشيء برقمه) بسكون قاف ، صورته أن التاجر يرقم الثياب ، أي يعلمها بعلامة بأن ثمنها كذا فيبيع بذلك الثمن الذي هو معلوم للبائع غير معلوم للمشتري (إذا علم) أي المشتري إذا علم قدر ذلك الثمن (في ذلك المجلس) صح البيع ، وإن كان بعد القبول ، ويحصل كأنه علم وقت القبول ، ولو علم بعد الإفتراق لا يصح (وإنما يتخير) أي المشتري (لأن الرضاء لم يتم قبله) أي قبل العلم بمقدار الثمن كما لا يتم بعدم الرؤية (لعدم العلم فيتخير) أي المشتري (كما في خيار الرؤية) أي كما يتخير في خيار الرؤية إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء رده ، لأن ورود الشرع باثبات الخيار ثمن ورد ها هنا ، فان قيل ، ينبغي أن لا يكون للمشتري الخيار لما ذكرنا أن الموجود في آخر المجلس كالوجود في أوله ، قلنا لم يوجد الرضاء في آخر المجلس حتى يجعل كالوجود في أوله فلهذا كان له الخيار .

فصل

ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يحز له بيعه حتى يقبضه
لأنه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ، لأن فيه غرر انفساخ العقد
على اعتبار الهلاك ،

(فصل)

أى هذا فصل في بيان مسائل غير المسائل التي ذكرت قبله ، وإنما ذكرها
هنا استطراداً باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد من الأوصاف كالمراجمة والتولية
(ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يحز له بيعه حتى يقبضه) قيد بالبيع ، ولم يقل
لم يحز أن يتصرف فيه لتقع المسألة على الإ اتفاق .

وقال مالك « رح » يحوز جميع التصرفات فيه قبل القبض في غير الطعام ، لأنه عليه
السلام خص الطعام بالذكر عند النهي بقوله : من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه ،
فدل على تخصيص الحكم وإلا فليس لهذا التخصيص فائدة .

قلنا التخصيص بالشيء لا يدخله على نفي الحكم فيما عداه ، وقال أحمد « رح » ، إن كان
البيع مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً لم يحز بيعه قبل القبض وفي غيره يحوز (لأنه عليه السلام)
أى لأن النبي ﷺ (نهى عن بيع ما لم يقبض) روى النسائي في سننه الكبرى عن يعلى
ابن حكيم ، عن يوسف بن تاهك ، عن عبد الله بن عصفه ، عن حكيم بن حزام رضي الله
عنهم قال : قلت يا رسول الله ، إني رجل ابتاع هذه البيوع وأبيعها ، فما يحل لي منها وما
يحرم ، قال لا تبعن شيئاً حتى تقبضه ، رواه أحمد « رح » في مسنده ، وابن
حبان في صحيحه .

وروى الطحاوي بإسناده إلى حكيم بن حزام قال : كنت أشتري طعاماً فأربح فيه
قبل أن أقبضه فسألت النبي ﷺ فقال : لاتبعه حتى تقبض (ولأن فيه) أي في المنقول
(غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك) أي هلاك المبيع قبل القبض فيتبين حينئذ أنه باع
ملك الغير بغير إذنه ، وذلك مفسد للعقد .

ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» .
وقال محمد «رح» ، لا يجوز ، رجوعاً إلى إطلاق الحديث ، واعتباراً
بالمنقول ، وصار كالاجارة ، ولها ان ركن البيع صدر من أهله
في محله ، ولا غر فيه ، لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول

وفي الإيضاح كل عرض ملك بمقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يحز التصرف
فيه ، كالبيع والأجرة إذا كانت عيناً ، وبدل الصلح إذا كان معيناً ومالا ينفسخ العقد
بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض ، كالمهر ، وبدل الخلع والعتق على مال ،
وبدل (١) الصلح عن دم العمد (ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي
يوسف ، وقال محمد «رح» ، لا يجوز) وبه قال زفر والشافعي رحمهما الله ، وأحمد وأبو
حنيفة رحمهما الله أولاً (رجوعاً) أي راجعاً أو لأجل الرجوع (إلى إطلاق الحديث)
المذكور ، فان كلمة ما في الحديث المذكور للتعميم فيما لا ينتقل ولم يلحقه خصوص فلا
يجوز تخصيصه بالقياس (واعتباراً بالمنقول) أي وبالقياص عليه لأنه مبيع لم يقبض فلا
يجوز بيعه كالممنقول (وصار كالاجارة) فانها في العقار لا يجوز قبل القبض ، والجامع
اشتمالها على ربح لم يضمن ، فان المقصود من البيع والربح وربح ما لم يضمن نهى عنه
شريعاً ، والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسداً قبل القبض لأنه لم يدخل في ضمانه
كما في الإجارة (ولها) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (أن ركن البيع)
وهو الإيجاب والقبول (صدر من أهله) أي من العاقل والبالغ (في محله) وهو المال المملوك
وهو يقتضي الجواز (ولا غر فيه) لأنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك .

(لأن الهلاك في العقار نادر) إما بغلبة الماء أو الرمل أو لجواربيت الغال والنادر لا يعتمد
به (بخلاف المنقول) فان الهلاك في (٢) غير نادر .

وقال بعض مشايخنا في موضع لا يخفى عليه أن يصير لجوار يغلب عليه الرمال ، فأما في

(١) في نسخة الأصل « ويدل » .

(٢) كذا في نسخة الأصل والصحيح فيه .

والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به ، عملاً بدلائل الجواز

موضع لا يؤمن ذلك فلا يحوز ، كذا ذكره الإمام المحبوبي « رح » ، فإن قيل هذا التعليل معارض لمطلق النص ، فإن مطلقه يتناول العقار كما بينا ، قلنا الحديث مخصوص فإن بيع عقد المهر وبدل الخلع ، والصلح عن دم العمدة والميراث ، والتمن قبل القبض يصح بالاتفاق ، فحينئذ يحوز تخصيصه بالقياس ، والدليل عليه ثبوت حق الشفعة قبل القبض والشفيع يملك ، فلو كان العقار قبل القبض لا يحتل المالك ببطلان لما جاز للشفيع الأخذ بالشفعة قبل القبض .

وللشافعي « رح » في الأخذ بالشفعة قبل القبض وجهان ، في وجه لا يصح وفي وجه يصح ، وهو الأصح .

فإن قيل : يتوهم انفساخ العقد بالرد بالعيب ، وذلك غير نادر ، قلنا لا يتوهم الإنفساخ بالرد حتى جاز البيع فيه قبل القبض ، لأنه على تقدير جواز البيع قبل القبض يصير ملكاً للمشتري ، وحينئذ لا يملك المشتري الأول الرد بالعيب فلا يتوهم الإنفساخ فيه بالرد حينئذ ، كذا في الفوائد الظهيرية .

(والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد) هذا جواب عما يقال ، كيف قلت ولا غرر فيه لأن الهلاك في العقار نادر ، والغرر موجود أيضاً بعقد القبض بظهور الاستحقاق فأجاب بقوله ، والغرر المنهي عنه في الحديث غرر انفساخ العقد الأول (والحديث) أي الحديث المذكور (معلول به) أي بغير انفساخ العقد فيما قبل القبض بهلاك المعقود عليه فيكون مخصوصاً بالمنقول ، ألا ترى أنه يحوز الإعتاق قبل القبض والوصية قبله (عملاً بدلائل الجواز) أي جواز البيع من الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقولہ تعالی (وأحل الله البيع وحرم الربا) ٢٧٥ البقرة . وأما السنة فقولہ علیہ السلام : یا معشر التجار إن البیع یحضرہ اللغو والحلف فشوبوه بالصدقة هكذا ذكره الأتراسي « رح » في شرحه ، ثم قال : رواه في السنن قيس بن عروة . قلت الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة ، ولفظه فيما ذكره الترمذي .

والإجارة قيل على هذا الخلاف ، ولو علم في المقود عليه في
الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر ، قال ومن اشترى مكيلا
مكائلة ، أو موزونا موازنة

حدثنا هناد ، حدثنا أبو بكر بن عباس ، عن عاصم ، عن أبي وائل ، عن قيس بن
أبي غرزة قال : خرج علينا رسول الله ﷺ ونحن نسئ السماسرة فقال : يا معشر
التجارات الشيطان والإثم يحضران البيع فشوبوا ببيعكم بالصدقة ، ثم قال الترمذي
حديث حسن صحيح .

وقيس بن غرزة ، بفتح الغين المعجمة ، والراء ثم الزاي ، غفارى نزل للكوفة
ومات بها .

وأما الإجماع فإن النبي ﷺ بعث والناس يتبايعون فلم ينكرهم على ذلك بل قرره
عليه ، وقد انعقد إجماع الأمة على ذلك (والإجارة) جواب عن قياس محمد « رح »
صورة النزاع على الإجارة وتقريره أنها لا تصلح مقيساً عليها ، لأنها على الاختلاف وهو
معنى قوله (قيل على هذا الخلاف) يعني عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أجارة
المقار قبل القبض جائزة .

وقال في الإيضاح مالا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز إجارته ، لأن صحة الأجارة
تملك الرقبة ، فإذا ملك التصرف في الأصل وهو الرقبة ملك في المنافع ، وقيل لا يجوز
بلا خلاف وهو الصحيح ، لأن المنافع بمنزلة المنقول ، والإجارة تمليك المنافع فيمتنع
جوازها لبيع المنقول (قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى مكيلا
مكائلة) يعني رد الكيل (أو موزونا) أي أو اشترى ما يوزن (موازنة) يعني بالوزن
قيد بالشراء لأنه إذا ملك مكيلا موزونا أو معدودا بهبة أو وصية أو ميراث جاز لمن
ملك أن يتصرف فيه قبل القبض وقبل الكيل والوزن والمعدد قيد بقوله مكائله أو
موازنة ، يعني بشرط الكيل والوزن بأن اشترى هذا الطعام على أنه عشرة أفقزة ، أو
هذا الحديد على أنه كذا وكذا مناً وقبضه لا يجوز له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن
وبعد المكائلة أيضاً يخرج المجازفة ، فانه إذا اشتراه مجازفة وقبضه جاز التصرف فيه

فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكائلة أو موازنة لم يجز للمشتري منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري .

قبل الكيل والوزن على ما يجيء عن قريب إن شاء الله تعالى (فاكتاله أو اتزنه) الإكتيال الأخذ بالكيل والاتزان الأخذ بالوزن ، يقال : كال المعطي فاكتال الآخذ ، ووزن المعطي فآتزن الآخذ .

(ثم باعه مكائلة أو موازنة) أى باعه المشتري بشرط الكيل (لم يجز للمشتري منه) أى لم يجز للمشتري الثاني من المشتري الأول الذى اشتراه مكائلة أو موازنة (أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان ، صاع البائع وصاع المشتري) هذا الحديث رواه ابن ماجه في سننه عن جابر رضي الله عنه ، رواه أبو الزبير عنه قال نهى رسول الله ﷺ نحوه ، ورواه أبو هريرة رضي الله عنه أيضاً . أخرجه عنه البزار من طريق محمد بن سيرين « رح » أن النبي ﷺ نحوه . وزاد فيه ، فيكون لصاحبه فيه الزيادة وعليه النقصان انتهى .

وأراد بصاع البائع صاعه لنفسه حتى يشتريه وبصاع المشتري ، صاعه لنفسه حتى يبيعه لإجماعهم أن البيع الواحد له يحتاج إلى الكيل مرتين ، وبقولنا قال الشافعي رضي الله عنه ومالك وأحمد رحمهم الله ، وكما لا يملك سائر التصرفات المختصة بالملك كالهبة والوصية ونحو ذلك كذا في المبسوط ، وفي الجامع الصغير المحبوبي ولو قبضه بغير كيل وأكله لا يقال إنه حرام لأنه أكل ملك نفسه إلا أنه يأنثم لرد ما أمر به من الكيل .

وفي الفوائد الظهيرية المكيلان على أقسام ، الأول ما يحتاج إلى الكيل مرتين وهو السلم على ما يجيء في بابيه ، وبيع العين ، المكيل مكائلة بعدما اشتراه مكائلة ، والثاني ما يحتاج إلى كيل واحد ، وهو ما إذا اشترى المسلم إليه حنطة مجازفة أو استفادها زراعة أو إرشا ، أو استقرض حنطة على أنها كرت ثم أداها رب السلم أو باعها مكائلة احتج فيه إلى كل واحد وكذا فيما استفاد إرشا أو زراعة وكذا فيما استفاده قرضاً بشرط الكيل .

ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة له

والثالث هو مالا يحتاج فيه إلى الكيل وهو ما إذا اشترى حنطة مجازفة ثم باعها مجازفة في نوادره أنه يجوز ، واعلم أن الأموال ثلاثة مقدرات كالكيلى والوزنى فان اشتراه مجازفة وقبضه جاز تصرفه قبل الكيل والوزن على ما يحسب ، وإن اشتراه بشرط الكيل والوزن فلا يجوز وقد مر .

وعدديات الجوز والبيض ، فإن اشتراه بشرط المد فقبضه فهل يجوز له التصرف قبل المد . ثانياً لم يذكر جوابه في الكتاب فقد ذكروا في شرح الجامع الصغير عند أبي حنيفة « رح » أنه أبطل البيع قبل المد ثانياً كما في الكيل والوزن لان المدد لمعرفة المقدار ، ألا ترى أنه لو اشترى جوازاً على أنه مائة فزاد فالزيادة للبائع ولا يدخل في البيع .

وروى عنهما أنها اجازا العقد قبل العدلان المد يخالف الكيل والوزن ، ألا ترى أنه يجري فيه الربا ولهذا لو باع جوزه بجوزتين جاز . ومزروعات كالثوب والعقار ونحو ذلك ، فان اشترى مجازفة أو بشرط الزرع بان اشترى على انه عشرة أذرع مثلاً فقبضه يجوز له التصرف فيه مال الغير حرام فيجب التحرز عنه قبل الذر ، وقد مر في أول كتاب البيوع .

(ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه) وهو بترك التصرف (بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة) يعني الكل (له) واعترض بأن الزيادة لا تتصور في المجازفة واجيب بأن من الجائز أنه اشترى مكيلاً مكابلاً واكتاله على أنه عشرة أقفزة مثلاً ثم باعه مجازفة فإذا هو اثني عشر في الواقع فيكون زيادة على الكيل الذي اشتراه المشتري الأول كذا في الكافي .

قال الأكل وفيه من التمثل ما ترى ، وقيل المراد والزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بأنه باع مجازفة ، وفي ذهنه أنه باعه قفيز ، فإذا هو زائد على ما ظنه ،

بخلاف ما إذا باع الثوب مذارعه لان الزيادة له إذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لأن به يصير المبيع معلوماً ولا تسلم إلا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث ، فإنه اعتبر صاعين ، والصحيح أنه يكتفى به لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم

والزائد للمشتري (وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لأن الزيادة له ، إذ الذرع وصف في الثوب) وليس فيه جهالة ولا اختلاط المبيع بغيره (بخلاف القدر) أي الكيل فإنه ليس بوصف ، لأن بإزدياد القدر لا يزداد قيمة المقدر كخمسين مناً من الحنطة إذا زاد عليه خمسون أخرى لا يزداد قيمة الخمسون الأولى .

(ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع) المراد من البائع المشتري الأول (وإن كان بحضرة المشتري) كله إن واصله بما قبلها وذلك (لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط) أي الشرط هو صاع البائع والمشتري (ولا بكيله) أي بكيل البائع (بعد البيع بغيبة المشتري ، لأن الكيل من باب التسليم لأن به) أي بالكيل (يصير المبيع معلوماً ، ولا تسلم إلا بحضرته) أي بحضرة المشتري إذ لا بد للتسليم من مسلم حاضر ، فالتسليم إلى الغائب لا يتحقق (ولو كاله البائع بعد البيع ، بحضرة المشتري ، فقد قيل لا يكتفى به) أي بكيل البائع .

(لظاهر الحديث فإنه) أي فإن الحديث (اعتبر صاعين ، وقيل يكتفى به) أي بكيل البائع (وهو الصحيح) أي الإكتفاء بالكيل الواحد هو الصحيح ، (لأن المبيع ، صار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم) وانتفى احتمال الزيادة قبل في كلام

ومحل الحديث اجتماع صفتين على ما تبين في باب السلم إن شاء الله تعالى،

المصنف « رح » إبهام التناقض وذلك لأنه وضع المسألة أولاً فيما إذا كان العقد أن يشترط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ، ثم ذكر في آخر المسألة أن الصحيح أن يكتفى بالكيل الواحد ، وهو يقتضي أن يكون وضع المسألة فيما يكون عقداً واحداً ، بشرط الكيل كما أن الإكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية ، إنما هو في العقد الثالث بشرط الكيل ، وأما إذا وجد العقدان بشرط الكيل ، فالإكتفاء بالكيل الواحد فيها ليس بصحيح من الرواية ، بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين .

وقال الاكمل « رح » ودفعه بأن يكون المراد بالبائع في قوله ، ولو كاله البائع ، المشتري الأول أو بالمشتري هو الثاني وبالبيع البيع الثاني ، ومعناه أن المشتري إذا باع مكيالة وكاله بحضرة مشتريه يكتفى بذلك ، ويدل على ذلك قوله (ومحل الحديث اجتماع الصفتين) فانه يدل على أن في هذه الصورة اجتماع الصفتين غير منظور إليه فكانه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اجتمعت الصفتان كما في أول المسألة .

والاكمال غير منفرد بهذا الكلام ، لأن السفناقي ذكر هذا وتبعه الكاكي « رح » أيضاً (على ما تبين في باب السلم إن شاء الله تعالى) عند قوله ومن أسلم فلأجل الأجل اشترى المسلم اليه من رجل كراً ، فأمر رب السلم بقبضه قبضاً لم يكن قضاء ، وإن أمره أن يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز .

قالوا الحديث ورد فيما إذا وجد عقدان بشرط الكيل ، بأن يشتري المسلم إليه إلى آخر ما ذكرناه ، فانه اشترط فيه صاعان ، صاع للمسلم إليه وصاع لرب السلم بكياله للمسلم إليه أولاً ثم يكياله لنفسه لأن هاهنا وجد عقدان بشرط الكيل فيشترط لكل كيل على حدة .

وفي الكافي قال أيضاً إن محل الحديث على المسلم إليه فذكر نحوه وقال فانه لا يصح إلا بصاعين اجتماع الصفتين بشرط الكيل ، أحدهما اشترى المسلم إليه والأخرى قبض

ولو اشترى المعدود عدأ فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لأنه ليس
بمال الربا أو كالموزون ، فيما يروى عن أبي حنيفة « رح » ، لأنه لا
تحل له الزيادة على المشروط ، قال والتصرف في الثمن قبل القبض
جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الإنفساخ بالهلاك
لعدم تعيينها بالتعيين بخلاف المبيع ، قال ويجوز للمشتري أن
يزيد للبائع في الثمن .

رب السلم لنفسه وهو كالبيع الجديد فانه يحتاج فيه إلى الكيلين (ولو اشترى المعدود عدأ
فهو كالمذروع فيما يروى عنهما) أي عن أبي يوسف ومحمد « رح » ، وهو رواية عن أبي
حنيفة « رح » .

(لأنه ليس بمال الربا) ولهذا جاز بيع الواحد بالإثنين فكان المذروع وحكمه مر
(أو كالموزون فيما يروى عن أبي حنيفة « رح ») وهو قول الكرخي « رح » ، أيضاً ، وبه
قال الشافعي « رح » ، (لأنه لا تحل له الزيادة على المشروط) ألا ترى أنه من اشترى
جوزاً على أنه ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان
من البائع فلا بد لجواز التصرف من العدد كالوزن في الموزون (قال) أي القدوري « رح »
(والتصرف قبل القبض في الثمن جائز) بأن يأخذ من المشتري مكان الدراهم الثمن
ثوباً أو غيره ، وكذا في سائر الديون من المهر والإجرة وضمائم المتلفات ونحوها سوى
الصرف والسلم جائز (لقيام المطلق) بكسر اللام (وهو الملك) حتى لو باع إبلاً بدراهم
أو بكر حنطة جاز له أن يأخذ به شيئاً آخر (وليس فيه) أي في التصرف في الثمن
(غرر الانفساخ بالهلاك) أي انفساخ العقد بهلاك الثمن (لعدم تعيينها بالتعيين
بخلاف المبيع) أي من النقود ، وإذا لم يفسخ يبقى الثمن على ذمة المشتري .

(قال) أي القدوري « رح » (ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن) قال تاج
الشريعة « رح » شرط صحة الزيادة في الثمن في ظاهر الرواية بقاء البيع وكون المبيع
محلًا للمقابلة في حق المشتري حقيقة روى عن محمد « رح » أن شرط صحة الزيادة

ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في البيع ويجوز أن يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك

كون المبيع قابلاً للمقابلة في نفسه لا في حق المشتري حقيقة ، فعلى هذه الرواية تصح الزيادة في الثمن بعدما باع المشتري أو وهب وسلم أو تصدق ، لأن البيع بقي محلاً للمقابلة في نفسه .

وفي ظاهر الرواية لم يصح لأنه لم يبق محلاً للمقابلة في حق المشتري ، وقال الإترازی الزيادة في الثمن إنما تصح إذا كان المعقود عليه قائماً ، أما إذا لم يكن فلا يصح وإن كان الهلاك حقيقة أو حكماً ، أما حقيقة كما إذا مات وأما حكماً كما إذا اشترى الرجل من الرجل جارية بألف درهم فقبضها المشتري فأعتقها أو دبرها أو كاتبها أو كان استولدها ، ثم أن المشتري زاد في ثمنها فالزيادة لا تصح ، وكذلك لو باعها أو وهبها من غيره وسلمها إليه .

وقال في شرح الجامع الكبير ولو رهنها أو أجرها أو قطعت يدها صحت الزيادة لأن المعقود عليه قائم والنصرانيان إذا تبايعا فخرأثم أسلما لم يجز الزيادة في الثمن لأنه كالهلاك في حق المسلم ، ولو زاد في الثمن بعد هلاك الشاة لم يجز لأن المحل ليس بقابل (ويجوز للبائع أن يزيد المشتري في البيع ويجوز أن يحط عن الثمن) زيادة البائع للمشتري في البيع جائز ما دام المبيع قائماً لأن المعقود عليه ما دام قائماً كان المعقد قائماً لقيام أثره وهو الملك المستفاد في العين فاذا هلك لم تصح الزيادة لان العدم لا يصح تغييره بخلاف الحط فإنه يصح بعد هلاك المعقود عليه ، فإنه لو أمكن أن يحمل تغييراً للعقد بأن كان العقد قائماً جعل تغييراً وإن لم يكن جعله تغييراً كما في حالة الهلاك جعل برأ عن الدين فصح الحط في الحالين .

(ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) أو بالمزيد والمزيد عليه فإن للبائع أن يحبس المبيع ما لم يستوف المزيد والمزيد عليه من الثمن إذا كان الثمن حال ، وليس للمشتري أن يمنع الزيادة بعد ذلك لأنها استعقت بأصل العقد ، وكذلك المشتري ليس له مطالبة البائع بتسليم المبيع ما لم يسلم المزيد والمزيد عليه من الثمن ، وكذلك المشتري يرجع على

فالزيادة والخط يلتحقان بأصل العقد عندنا ، وعند زفر والشافعي
« رح » ، لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة
لهما ، أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لأنه يصير ملكه عوض
ملكه فلا يلتحق بأصل العقد وكذلك الخط لان كل الثمن صار
مقابلاً بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار برأ مبتدأ ، ولنا انهما
بالخط والزيادة يغيران العقد ، من وصف مشروع إلى وصف مشروع
وهو كونه ربحاً او خسارة او عدلاً ، ولهما

البائع بجميع ذلك ، أعني بالأصل والزيادة إذا استحق المبيع .

وفي صورة الخط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع إذا سلم ما بقي من الثمن بعد
الخط ، وكذلك الشفع يستحق المبيع بما بقي بعد الخط (فالزيادة والخط يلتحقان
بأصل العقد عندنا ، وعند زفر والشافعي « رح » لا يصحان على اعتبار الالتحاق) يعني
بأصل العقد (بل يصحان على اعتبار ابتداء الصلة) أي الهبة بالزيادة عندهما في الثمن
والثمن هبة ابتداء لا يتم الا بالتسليم (لهما) أي لزفر والشافعي « رح » (أنه لا يمكن
تصحيح الزيادة ثمناً) أي من حيث كونه ثمناً (لأنه يصير ملكه) أي ملك المشتري
(عوض ملكه) لأنه ملك المبيع بالعقد المسمى ثمناً ، فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة
ملك نفسه وهو المبيع ، وذلك لا يجوز فحينئذ (فلا يلتحق بأصل العقد وكذا الخط لأن
كل الثمن صار مقابلاً كل المبيع فلا يمكن إخراجه) عن ذلك (فصار برأ مبتدأ) يعني
ابتداء غير داخل في شيء .

(ولنا أنهما) أي البائع والمشتري (بالخط والزيادة يغيران العقد) لتراضيهما (من
وصف مشروع) وهو أصل العقد (إلى وصف مشروع وهو كونه خاسراً) في الخط
(أو رابحاً) في الزيادة (أو عدلاً) يعني لا خسارة ولا ربح ، والزيادة في المبيع أو الثمن
أو الخط يغيره إلى هذه الأوصاف ولا يرفع أصله كما شرع باتاً وانحيازاً (ولهما) أي

ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما إذا اسقط الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الإلتحاق لا تكون الزيادة عوضاً

وللبائع والمشتري (ولاية الرفع) أي رفع العقد بالاقالة (فالأولى أن يكون لهما ولاية التغيير) من وصف إلى وصف ، والتصرف في وصف الشيء أهون من التصرف في أصله فالذي يملك التصرف في الأصل أولى بأن يملك التصرف في الوصف (وصار كما إذا اسقط الخيار) أي وصار كما إذا كان للعاقدين أو لاحدهما خيار الشرط فاسقط .

(أو شرطاه بعد العقد) أي أو شرطاً الخيار به ، أي وصار كما بعد اتمام العقد (ثم إذا صح) أي الحط والزيادة (يلتحق بأصل العقد) أي بأصل العقد (لأن وصف الشيء يقوم به ، لا بنفسه) أي لا يقوم بنفسه (بخلاف حط الكل) هذا جواب عما يقال ، لو كان حط البعض صحت لكان حط الكل كذلك اعتباراً للكل بالبعض ، فأجاب بقوله بخلاف حط الكل حيث لا يصح (لأنه) أي لأن حط الكل (تبديل لأصله) أي تغيير لأصل العقد (لا تغيير لوصفه) لأن عمل الخط في اخراج القدر المخطوط من أن يكون ثمناً .

فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمناً ، واما حط الجميع فتبديل للعقد لأنه إما أن يبقى بيعاً باطلا لعدم الثمن حينئذ ، وقد علمنا أنها لم يقصد ذلك أو يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة (فلا يلتحق به) أي بأصل العقد لوجود المانع ، فلا يلزم من عدم الإلتحاق لمانع عدمه لا لمانع . فيلحق حط البعض بأصل العقد .

(وعلى اعتبار الإلتحاق) هذا جواب عن تعليل زفر والشافعي « رح » إن بالزيادة يصير ملكه عوض ملكه فأجاب بقوله وعلى اعتبار الإلتحاق فيما إذا اعتبرنا الإلتحاق (لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه) أي عن ملك المشتري لأن

عن ملكه ، ويظهر حكم الإلتحاق في التولية والمراجعة حتى يجوز
على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى
يأخذ بما بقي في الحط ، وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما
في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكان ثم الزيادة لا تصح بعد
هلاك المبيع على ظاهر الرواية ، لأن المبيع لم يبق على حالة

الزيادة لما التحقت بأصل العقد صارت كالموجودة عند العقد فلا يلزم حينئذ ما قاله .
(ويظهر حكم الإلتحاق في التولية والمراجعة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر
على الباقي في الحط) فإن البائع إذا حط بعض الثمن عن المشتري ، والمشتري قال الآخر
وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد ، فكان الحط بعد العقد
ملتحقاً بأصل العقد وكان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة .

(وفي الشفعة) أي يظهر حكمه أيضاً في الشفعة (حتى يأخذ) أي الشفيع (بما بقي
في الحط) دون الزيادة لما فيه من ابطال حقه الثابت بالثمن الأول فلا يملكان لإبطاله (وإنما
كان للشفيع) هذا جواب سؤال مقدر تقديره أن يقال لو كانت الزيادة ملتصقة بأصل
العقد لأخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب إنما كان للشفيع
(أن يأخذ بدون الزيادة) لأن حقه تعلق بالعقد الأول فإذا أخذ بالزيادة يبطل حقه
الذي تعلق بالعقد وهو معنى قوله (لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت) الثابت له
بالعقد الأول وليس لها ولاية على ابطال حق الغير ، تراضيها وهو معنى قوله (فلا
يملكان) أي التصرف بالزيادة فيما يرجع إليه الشفيع لأنه اضرار به فلم يظهر الزيادة في
حقه (ثم الزيادة) أي في الثمن (لا تصح بعد هلاك المبيع) لأن الزيادة تغير المعقدين من
وصف يستدعي قيام العقد وقيامه بقيام الموقوف عليه (على ظاهر الرواية) .

احترازاً عما روى عن الحسن عن أبي حنيفة ، رح ، في غير رواية الأصول أن
الزيادة تصح كالحط ، وأشار إلى وجه ظاهر الرواية بقوله (لأن المبيع لم يبق على حالة

يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الخط لانه
بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استناداً .
قال ومن باع بضمن حال ثم أجله أجلاً معلوماً صار مؤجلاً

يصح الاعتياض عنه (إذ الإعتياض انما يكون في موجود (والشيء يثبت ثم يستند)
فلم يستند الزيادة لعدم ما يقابله فلا يستند .

وذكر في الشامل في رواية النوادر ويحوز الزيادة بعد الهلاك كالخط (بخلاف الخط)
حيث يصح بعد الهلاك (لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله) لكونه اسقاطاً والإسقاط لا
يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الخط في الحال (فيلتحق بأصل العقد استناداً) أي من
حيث الإستناد .

وقال تاج الشريعة قوله بحال يمكن اخراج البدل إلى آخره فإن الهلاك لا قيمة له فإخراج
البدل عما يقابله ملائم له ولا كذلك الزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع ونظيره ما ذكر في
كتاب الطلاق إذا قال لامرأته انت طالق واحدة فماتت المرأة بعد قوله أنت طالق قبل
قوله واحدة لا يقع الطلاق لأن العدد إذا قرن بالطلاق كان المعتبر هو العدد ، وحين قال
واحدة ما يثبت المرأة محلاً للطلاق فيبطل ولو قال أنت طالق إن شاء الله ، فماتت
بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله لا يبطل الإستناد ويعمل عليه بعد الموت
كذلك فيما نحن فيه هلاك المبيع ملائم اخراج الثمن عن مقابله ولا يلزم جعل الشيء
بمقابله فلهذا يصح الخط ولا تصح الزيادة .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن باع بضمن حال ثم أجله أجلاً معلوماً
صار مؤجلاً) وقال الشافعي وزفر « رح » لا يصير مؤجلاً حتى يحوز له أن
يطالبه في الحال لأن هذا وعد ، وكذا خلافه في كل دين حال إذا أجل فعمدنا بصير
مؤجلاً وبه قال مالك إلا القرض فإن تأجيله لا يصح وعند مالك « رح » يصح
ما يحىء عن قريب .

لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه ألا يرى
أنه يملك إبراء مطلقاً ، فكذا مؤقتاً ولو أجله إلى أجل مجهول
إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وإن كانت متقاربة
كالحصاد والدياس ، يجوز لأنه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال
وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً لما ذكرنا إلا القرض ، فإن
تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الإعارة
ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي

(لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه) لأن التأجيل برأة مؤقتة إلى حلول
الأجل ، وهو يملك البراءة المطلقة بالإبراء عن الثمن فلان يملك البراءة المؤقتة أولى وهو
معنى قوله (ألا يرى أنه يملك إبراء مطلقاً فكذا مؤقتاً) أي فكذا يملك إبراء مؤقتاً بل
هو بطريق الأولى .

(ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) ونزول المطر
وقدوم الحاج وقدوم رجل من سفره (لا يجوز وإن كانت) أي الجهالة (متقاربة كالحصاد
والدياس) أي حصاد الزرع ودياسه ، والجذاذ والنيروز والمهرجان والميلاد (يجوز لأنه
بمنزلة الكفالة) فإن الأجل لم يشترط في عقد المعاوضة فيصح مع الجهالة ليصير بخلاف
البيع (وقد ذكرناه من قبل) يعني في أواخر البيع الفاسد .

(وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً لما ذكرنا) أنه حقه فله أن يؤخره
(إلا القرض فإن تأجيله لا يصح لأنه) أي لأن القرض (إعارة وصلة في الابتداء) فبهذا
الإعتبار من التبرعات (حتى يصح بلفظ الإعارة) حتى لو قال اعرتك هذه المائة مثلاً
فيكون قرضاً (ولا يملكه) أي ولا يملك القرض .

(من لا يملك التبرع كالوصي) فإنه لا يجوز له أن يقرض مال الصغير (والصبي) فإنه

ومعاوضته في الانتهاء فعلى اعتبار الإبتداء لا يلزم التأجيل فيه
كما في الإعارة إذ لا جبر في التبرع . وعلى اعتبار الانتهاء
لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا وهذا دين
وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى

لا يملك التصرف فضلاً عن القرض الذي هو التبرع (ومعاوضته) أي القرض معاوضة
(في الانتهاء) لأن الواجب بالقرض دون المثل لا رد العين (فعلى اعتبار الإبتداء لا يلزم
التأجيل فيه كما في الإعارة) أي كما لا يلزم في الإعارة (إذ لا جبر في التبرع) لأن الأجل لو
لزم فيه لصار المتبرع ملزماً على المتبرع وهو المكث على المطالبة إلى مضي الأجل وفاتياً
في موضوع التبرعات .

قال الله تعالى ﴿ وما على المحسنين من سبيل ﴾ ولو ثبت الجبر لتحقق السبيل وفي شرح الأقطع ،
لو شرط الأصل في ابتداء القرض بطل الشرط وصح القرض ، وكذلك إذا شرطناه في
ثاني الحال ولو مات المقرض واجل وارثه .

قال الامام قاضي خان « رح » لا يصح كما لو أجل المقرض وقال صاحب المحيط
ينبغي أن يصح من الوارث على قول البعض ، وقال واحد من الفقهاء رأيت في المنتقى أن
القرض إذا صار مستهلكاً يصح تأجيله والصحيح انه لا يصح .

وقال الإمام السرخسي « رح » التأجيل في بدل المستهلك صحيح سواء كان المستهلك
دراهم أو دنانير أو غير ذلك وعند زفر « رح » لا يصح والحيلة في تصحيح تأجيل القرض
أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه واجل المقرض ذلك الرجل فعينئذ يصح كذا
في فصول الأستروشي .

(وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو الربا)
والممول على النكتة الأولى لا على النكتة الثانية لأن على النكتة الثانية يلزم أن لا يصح
القرض أصلاً وهو جائز بالإجماع وكأنه انتفع بالعين وردّها (وهذا) أي هذا الذي
ذكرناه (بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة حيث يلزم

سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل
المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنة فيلزم
حقاً للموصى له .

الورثة من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة
والسكنة (في كونها وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيره ألا ترى
أنه لو أوصى بثمره بستانه إلى فلان صح ولزم وإن كانت معدومة وقت الوصية فلذلك
يلزم التأجيل في القرض .

وهو معنى قوله (فيلزم حقاً للموصى له) حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له
بالإسترداد قبل السنة حقاً له .

★ ★ ★

باب الربا

قال الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا ،

(باب الربا)

أي هذا باب في بيان أحكام الربا ، ولما فرغ من بيان أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى ﴿ وابتغوا من فضل الله ﴾ مع أنواعها صحيحةً وفاسدةً شرع في بيان أبواب البيوع التي نهى الشارع عنها بقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا ﴾ ، يقال ربا المال يربوا ربوا إذا زاد وارتفع والإسم الربا مقصور وفي الشرع فضل مال بل عوض في معاوضة مال بمال ، وإذا نسب إليه يقال هذا مال الربا بكسر الراء والفتح خطأ وفي المبسوط الربا فضل خال عن العوض المشروط في البيع .

وقال علماؤنا هو نوع بيع فيه فضل مستحق لأحد المتعاقدين خال عما يقابله من عوض شرط في هذا العقد ، وعلى هذا سائر أنواع البيوع الفاسدة من قبيل الربا وفي جميع المعلوم الربا شرعاً عبارة عن عقد فاسد وإن لم يكن زيادة ، لأن بيع الدرهم بالدرهم نسيئاً ربا ، وإن لم يتحقق فيه زيادة ، وعند الشافعي « رح » البيع هو التصرف المشروع بحده ، والربا إسم جعل علماً على تصرف يفيد العقد لا على الحد المشروع إنتهى .

وليس المراد مطلق الفضل بالإجماع وإن فتح الأسواق في سائر بلاد المسلمين للإستفضال والإسترباح وإنما المراد فضل مخصوص وهو فضل مستحق لأحد المتعاقدين خال عما يقابله من العوض .

(قال) أي القدوري « رح » (الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا) أي حكم الربا وهو ثبوت الحرمة حاصل في كل مكيل بجنسه أو كل موزون بيع بجنسه ، إذا وجد علة تحريم التفاضل كما إذا باع مكيلاً ، أي مكيل كان بجنسه يحرم الفضل وكذلك إذا باع الموزون ، أي موزون كان بجنسه يحرم الفضل (قاله)

فالعلة عندنا الكيل مع الجنس، أو الوزن مع الجنس قال «رح»
ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل والأصل فيه الحديث المشهور
وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل ، بدأ بيد
والفضل ربا .

أي علة الربا (عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) هذا لفظ القدوري «رح»
(قال) أي المصنف «رح» (ولن يقال القدر مع الجنس وهو أشمل) لأنه يتناولهما
وليس كل واحد بانفراده يتناول آخر (والأصل فيه) أي في باب حكم الربا
(الحديث المشهور) وهو الذي تلقته الأمة بالقبول ولشهرته ظن بعض العلماء «رح»
أنه متواتر ، وليس كذلك لأنه لا يصدق عليه حد التواتر ولكنه مشهور تجوز الزيادة
به على الكتاب وقال الجصاص هذا الحديث يقرب من المتواتر لكثرة روايته (وهو قوله
عليه السلام) أي قول النبي (ﷺ) (الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل ، بدأ بيد ، والفضل
ربا) الحديث ورد في هذا الباب مروى عن جماعة من الصحابة .

وقال الكاكي ومداره على أربعة نفر من الصحابة عمر «رض» وعبادة بن الصامت
وأبو سعيد الخدري «رض» ومعاوية بن أبي سفيان «رض» ولم يقل شيئاً غير ذلك ،
قلت روى أيضاً عن بلال وأبي هريرة ومعمّر بن عبد الله وأبي بكر وعثمان وهشام بن عامر
والبراء وزيد بن أرقم وخالد بن أبي عبيد وأبي بكرة وابن عمر وأبي الدرداء «رض»
فهؤلاء اثني عشر نفر غير الأربعة الذين ذكرهم الكاكي فالجميع ستة عشر نفرأ من الصحابة
رضي الله عنهم .

أما حديث عمر «رض» فرواه الأئمة الستة من رواية مالك بن أوس «رض» أن
رسول الله ﷺ قال الورق بالورق ربا الإهاء وهاء ، والبر بالبر الإهاها ، والشعير
بالشعير الإهاها وهاء ، والتمر بالتمر الإهاها وهاء .

وأما حديث عبادة بن الصامت فأخرجه الجماعة غير البخاري واللفظ للترمذي عن
أبي الأشعث عن عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ قال : الذهب بالذهب مثلاً بمثل ،

والفضة بالفضة مثلاً بمثل ، والتمر بالتمر مثلاً بمثل ، والبر بالبر مثلاً بمثل ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، والشعير بالشعير مثلاً بمثل ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، ويبيعوا البر بالشعير كيف شئتم يداً بيد .

أما حديث أبي سعيد الخدري « رض » فأخرجه مسلم والنسائي عنه قال قال رسول الله ﷺ الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، الاخذ والمعطي فيه سواء .

وأما حديث معاوية صريحاً فلم أقف عليه ، وإنما ذكر في حديث أبي الدرداء أخرجه النسائي حدثنا قتيبة عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق أكثر من وزنها فقال أبو الدرداء « رض » سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن مثل هذا إلا مثلاً بمثل .

وأما حديث بلال رضي الله عنه فعند الطحاوي والطبراني وفيه قال قال رسول الله ﷺ التمر بالتمر مثلاً بمثل ، والحنطة بالحنطة مثلاً بمثل ، والذهب بالذهب وزناً بوزن ، والفضة بالفضة وزناً بوزن ، فإذا اختلف النوعان فلا بأس واحد بعشرة .

وأما حديث أبي هريرة « رض » فعند مسلم عن أبي زرعة عنه قال قال رسول الله ﷺ التمر بالتمر ، والحنطة بالحنطة الحديث .

وأما حديث معمر بن عبد الله « رض » فعند مسلم في افراده وفيه كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول الطعام بالطعام مثلاً بمثل .. الحديث .

وأما حديث أبي بكر رضي الله عنه فعند البزار في مسنده عن أبي رافع قال سمعت أبا بكر الصديق « رض » يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلاً بمثل الزائد والمستزيد في النار .

وأما حديث عثمان « رض » فعند مسلم والطحاوي عن سليمان بن يسار أنه سمع مالك ابن أبي عامر يحدث عن عثمان بن عفان « رض » أن رسول الله ﷺ قال لا تبيعوا

وعد الأشياء الستة. الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة
على هذا المثال ويروى بروايتين ، بالرفع مثل وبالنصب مثلاً ،

الدينار بالدينارين ، ولا الدرهم بالدرهمين .

وأما حديث هشام بن عامر فعند الطبراني بإسناده عنه وفيه نهى رسول الله ﷺ عن
بيع الذهب بالورق نسيئة .

وأما حديث البراء وزيد بن أرقم فعند البخاري ومسلم « رض » وفيه كلاهما قال
نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق ، والورق بالذهب ديناً .

وأما حديث فضالة بن عبيد « رح » فعند أبي داود « رح » والطحاوي « رح » قال :
كنا مع رسول الله ﷺ يوم خيبر .. الحديث . وفيه لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا
وزناً بوزن .

وأما حديث أبي بكرة فعند النسائي والطحاوي قال : نهانا رسول الله ﷺ أن نبيع
الفضة بالفضة إلا عيناً بعين سواء بسواء ، ولا نبيع الذهب بالذهب إلا عيناً بعين
سواء بسواء .

وأما حديث ابن عمر « رض » فعند الطحاوي والحاكم في مستدركه وفيه أن ابن عمر
« رض » قال : الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما ، هذا ما عهد نبينا
إلينا وعهدنا إليكم .

وأما حديث أبي الدرداء فقد مضى عن قريب . ثم اعلم أن المصنف قال قال رسول
الله ﷺ الحنطة بالحنطة ، بدأ بالحنطة وليس في الأحاديث المذكورة الابتداء بالحنطة كما
رأيت ولكن الحنطة مذكورة في أثناء الحديث ولكنه ذكر ما ذكر في المبسوط فإنه قال
فيه بدأ أحمد « رح » ، الكتاب بحديث رواه عن أبي حنيفة « رح » ، عن عطية العوفي عن أبي
سعيد الخدري عن رسول الله ﷺ قال : الحنطة بالحنطة ... الحديث .

ثم قال المصنف « رح » (وعد الأشياء الستة) أي عد النبي ﷺ فيما فيه ربا ستة
أشياء (الحنطة والشعير والتمر والذهب والملح والفضة على هذا المثال) أي مثلاً بمثل يبدأ
بيد في جميع ذلك (ويروى) يعني يروى قوله مثلاً بمثل (بروايتين بالرفع مثل وبالنصب

ومعنى الأول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر ، والحكم معلول
بإجماع القائسين ، لكن العلة عندنا ما ذكرناه ، وعند الشافعي
« رح » الطعم في المطعومات والشمية في الأثمان

مثلاً ومعنى الأول (أي الرفع) (بيع للتمر) أي بيع التمر بالتمر مثل بمثل ، فعلى هذا
يكون ارتفاع مثل على أنه خبر للمبتدأ وهو قوله بيع التمر فإنه مرفوع بالابتداء .
(ومعنى الثاني) أي النصب (بيعوا التمر) فالمعنى على هذا بيعوا التمر بالتمر حال
كونه مثلاً بمثل ، فقوله التمر منصوب على المفعولية ومثلاً نصب على الحال ، والتقدير حال
كونهما متماثلين ، وأما وجه الرفع والنصب في قوله يداً بيد فهاترخص إليه المصنف ولا غالب
الشرح غير أن الاترازي قال قوله يداً بيد ، مثلاً بمثل ، حال أي قابضاً يداً بيد ، قلت
فيه ما فيه لأن على تقديره يكون انتصاب يداً على المفعولية ، لا على الحال ، ولا يكون
الحال إلا قوله قابضاً ، والكلام في أن نفس يداً هو حال فكأنه لما علم أن من شرط
الحال أن يكون من المشتقات ولفظ يد غير مشتق ، فقدر بهذا التقدير فوقع فيما
هو بدا منه .

والقاعدة في وقوع الحال في غير المشتقات أن يؤول بالمشتق فأولوا قوله يداً بيد على
معنى متناجزين (والحكم) وهو حرمة الفضل (معلول بإجماع القائسين) وهم الأئمة
الأربعة وأصحابهم « رح » واحتز به عن أهل الظاهر فإنهم ينفون القياس ويقولون لا
يكون الربا إلا في الأشياء الستة التي ذكرها رسول الله ﷺ وخصها بالذكر ، وهو أيضاً
منقول عن طاووس وقتادة وعثمان البقي وأبي سليمان . قلنا إنما ذكر هذه الأشياء لتكون دلالة
على ما فيه الربا مما سواها مما يشبهها ، فالعلة فحيثما وجدت تلك العلة يوجد الربا .

(لكن العلة عندنا ما ذكرناه) وهو قوله القدر مع الجنس ، وعدوا هذا الحكم إلى
كل مكيل أو موزون قبل يمنسه حتى أثبتوا هذا الحكم في الجص والنورة ونحوها لوجود
الكيل وأثبتوه في الحديد والنحاس والرصاص ونحو ذلك لوجود الوزن .

(وعند الشافعي « رض » الطعم) أي العلة في الربا الطعم (في المطعومات والشمية)
أي كونها ثمناً (في الأثمان) وعدى هذا الحكم إلى كل ما صار ثمناً بالاصطلاح كالدرهم

والجنسية شرط والمساواة مخلص والأصل هو الحرمة عنده
لأنه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة
والخطر ، كاشتراط الشهادة في النكاح فيعمل بعلته تناسب إظهار
الخطر والعزة ، وهو طعم لبقاء الإنسان به والتمنية لبقاء الأموال

المنقوشة والفلوس الرائجة ، وقبل بالتمنية المطلقة لا تتمدى إلى الفلوس والقطارفة كذا
في المختلف ، وفي الروضة والمراد بالمطعم ما يعد الطعم غالباً تقوتاً أو تأدماً أو تفكهاً
وغيرها ، فيدخل فيه الفواكه والحبوب والبقول والتوابل .

ويدخل التمنية والتبر والمضروب والحلي والأواني من الذهب والفضة في تعدي الحكم
إلى الفلوس إذا واجت وجه . والصحيح أنها لا ربا فيها لانتفاء التمنية الغالية ولا يتعدى
إلى غير الفلوس من الحديد والنحاس والرصاص وغيرها قطعاً ، ويقول الشافعي « رض »
قال أبو ثور وابن المنذر « رض » (والجنسية شرط) أي شرط العمل العلة عليها حق لا
تصل العلة المذكورة عنده إلا عند وجود الجنسية ، وحينئذ لا يكون لها أثر في تحريم
النساء ، فلو أسلم هروياً في هروي جاز عنده ، وعندنا لا يجوز .

(والمساواة مخلص) بفتح الميم وسكون الخاء أي موضع الخلاص ، يعني يتخلص
بالمساواة عن الحرمة (والأصل هو الحرمة عنده) أي عند الشافعي « رض » ، وكان
حق الكلام أن يقال والأصل هو الحرمة عنده والمساواة تحتلص أي عند الحرمة .

(لأنه) أي لان الشارع (نص على شرطين) أحدهما هو قوله (التقابض) يفهم من
قوله بدأ بيد والآخر هو قوله (والمماثلة) يفهم من قوله مثلاً بمثل (وكل ذلك) أي وكل
من الشرطين (يشعر بالعزة والخطر) أي عند الشافعي « رض » (كاشتراط الشهادة في
النكاح) فإن اشتراط الشهادة في عقد النكاح لأجل إظهار خطرهما وعزتها دون سائر
المعاملات (فيعمل) أي إذا كان الشرطان يشمران بالعزة والخطر فيعمل الربا (بعلته
تناسب إظهار الخطر والعزة وهو طعم) في المطمومات (لبقاء الإنسان به والتمنية
لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها) أي تعلق مصالح الإنسان بالأموال

التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك ، فجعلناه شرطاً والحكم قد يدور مع الشرط ، ولنا أن أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقاً لمعنى البيع إذ هو ينبىء عن التقابل

والمناط مصدر ميمي من فاط الشيء ينوطه نطاً أي علقه (ولا أثر للجنسية في ذلك) أي في اظهار الخطر والعزة (فجعلناه) أي جعلنا الجنس (شرطاً) لا علة (والحكم قد يدور مع الشرط) بيان هذا أن العلة إنما تعرف بالتأثير وللطعم والتمنية أثر كما ذكرنا وليس للجنسية أثر لكن لا تكميل إلا عند وجود الجنس فكان شرطاً لأن الحكم يدور مع الشرط وجوداً عنده لا وجوباً به .

وقال الكاكي رحمه الله قوله والحكم قد يدور لدفع شبهة ترد على جعله الطعم علة أو التمنية علة ، وهو أن الحكم يدور مع الجنسية كما يدور مع الطعم والتمنية عنده فلم يجعل الجنسية علة كما جعلها خصمك علة الربا فأجاب عنها فقال نعم كذلك إلا أن العلة للوصف الذي له أثر في الاستجلاب ذلك الحكم لا لمجرد الدوران فان الحكم قد يدور مع الشرط ، كالرجم مع الاحصان مع الزنا فإنه يدور معه وجوداً وعدماً ، ولا يدل على كونه علة وقال تاج الشريعة رحمه الله ولأنه عليه السلام ذكر من المطعومات أربعة ، وهي أصول الطعم فان الحنطة أصل لقوت بني آدم ، والشعير للدواب ، والتمر من الأصول تفكهها ، والملح أصل لتطيب الأطعمة .

فتبين بذلك أن العلة هي الطعم ، أما إذا جعلت القدر مع الجنس يتمحض ذكر هذه الأشياء تكراراً إذ صفة القدر فيها لا يتنوع ، وحمل كلام الشارع على ما يفيد فائدة زائدة أولى (ولنا أنه) أي أن الحديث المذكور أو أن النبي ﷺ (أوجب المماثلة شرطاً في البيع) بقوله مثلاً بمثل لما مر أنه حال والأحوال شروط (وهو المقصود بسوقه) أي وجوب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لاحد معان ثلاثة .

أشار إلى الأول بقوله (تحقيقاً لمعنى البيع) أي لأجل تحقيق معنى البيع (إذ هو) أي لان البيع (ينبىء عن التقابل) لأن البيع مبادلة المال بالمال لان ما كان من باب المفاعلة يقتضي مقابلة كل جزء من أجزاء الآخر في متحد الجنس ، ولو فضل أحد العوضين

وذلك بالتماثل أو صيانة لأموال الناس عن النوى أو تميمًا للفائدة
باتصال التسليم ثم يلزم عند قوته حرمة الربا والمماثلة بين الشيثين
باعتبار الصورة والمعنى ،

لحل ذلك الفضل عن العوض فلا يتحقق معنى التقابل فلا تتحقق المعاوضة بل يكون
استحقاقاً لذلك القدر ، وذاخلاف قضية المعاوضة (وذلك) أي التقابل يحصل (بالتماثل)
لأنه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه ، وأشار إلى المعنى
الثاني بقوله (أو صيانة لأموال الناس عن النوى) أو صيانة عطف على قوله تحقيقاً ، أي
لأجل صيانة أموال الناس عن النوى أي الهلاك والتلف ، لأن أحد البديلين إن كان أنقص من
الآخر كان التبادل مضيقاً لفضل ما عليه الفضل ، يوضحه إذا كان الزائد خالياً عن العوض
وفيه تلف الزائد فاشتربت المماثلة حتى يتعين أموال الناس .

وإليه أشار النبي ﷺ بقوله والفضل ربا أي الفضل على المتماثلين ربا ، يعني أن
الذي نطق به القرآن بقوله وحرم الربا المراد به هذا الفضل وأشار إلى المعنى الثالث
بقوله (أو تميمًا للفائدة) أي لأجل التتميم لفائدة البيع وهو ملك الرقبة قبل القبض
وملك التصرف بعده (باتصال التسليم به) أي بالتماثل ، يعني أن في النقيدين لكونهما
لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثلة قبضاً بعد مماثلة كل منها للآخر ، والتتميم فائدة المبيع
وهو ثبوت الملك .

وفي المبسوط صاحب الشرع أوجب المماثلة في الجنس الواحد تميمًا للفائدة في حق
المتعاقدين ، إذ لو كان أحد المعوضين أقل من الآخر تكون الفائدة تامة في حق أحد
المتعاقدين دون الآخر في إيجاب المماثلة اتماماً للفائدة لكل واحد منها (ثم يلزم عند قوته)
أي عند فوت التماثل الذي هو شرط الجواز (حرمة الربا) لقوله عليه السلام والفضل
ربا (والمماثلة بين الشيثين باعتبار الصورة والمعنى) هذا بيان عليه القدر والجنس لوجوب
المماثلة ، لأن المماثلة بين الشيثين إنها تكون باعتبار الصورة والمعنى ، لأن كل محدث موجود
بصورته ومعناه ، وإنما تقوم المماثلة بها فالقدر عبارة عن التساوي في الميعار فيحصل به
المماثلة صورة ، والجنس عبارة عن التشاكل في المعاني فتثبت به المماثلة معنى .

والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل
على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد
المتعاقدين في المعاوضة الخالية عن عوض شرط فيه ، ولا يعتبر
الوصف لانه لا يعد تفاوتاً عرفاً

فان قيل حكم النص وجوب المائلة فأبي أثر للكيل والجنس في وجوب المائلة بل
أمرهما في الوجود ، قلنا المراد المقصود من الوجوب الوجود ولا يمكن الابتداء بالايحاد إلا
بالوجوب لان الوجود يفضي إلى الوجوب ولا يمكن ايحاد المائلة إلا بالقدر والجنس فيكون
لها أثر في وجود المائلة وأضيف إليه لأن حكم النص إيجاب المائلة ، وحرمة للفضل عند
فوتها كذا في جامع قاضي خان .

(والمعيار يسوي الذات) قال الجوهرى : المعيار من هابت المكايل والموازين عياراً
وعسارت بمعنى واحد ، ومعنى المعيار بسوى الذات أي الصورة فان كيلاً من البر مائلاً
كيلاً من الذرة من حيث الصورة دون المعنى لعدم الجنسية (والجنسية تسوي المعنى)
فان كيلاً من بر يساوي كيلاً من بر من حيث الصورة والمعنى ، أما صورة فظاهر وأما
معنى فللجنسية .

والقفيز من الحنطة يساوى القفيز من الشعير من حيث الصورة والمعنى ، فإذا كان
كذلك (فيظهر الفضل على ذلك) أي على التساوي من حيث الصورة والمعنى (فيتحقق
الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط
فيه) قوله الخالي صفة للفضل ، قوله فيه أي في العقد (ولا يعتبر الوصف) هذا جواب
عما يقال إذا كانت للمائلة شرطاً على ما قلتم فكيف اهدر التفاوت في الوصف وهو الجوده
في أحد البديلين دون الآخر ، فأجاب بقوله ولا يعتبر الوصف أي وصف الجوده والرداءة
(لانه) أي لان الوصف (لا يعد تفاوتاً عرفاً) أي من حيث العرف فان الناس لا يعدون التفاوت
فيه معتبر العملة ، ولهذا تصرف الأموال بالعدد دون الوصف فيقال له مائة درهم أو دينار
من غير اعتبار التفاوت بين الجيد والردى .

أو لان في اعتباره سد باب البياعات أو لقوله عليه السلام
جيدها ورديتها سواء ، والطعم والتمنية من أعظم وجوه المنافع
والسبيل في مثلها الإطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون
التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره

قال الأكمل «رح» وفيه تأمل لانه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف انتهى.
قلت الكلام فيه من حيث الوصف لا من حيث الذات ، والتفاضل في القيمة يرجع إلى
الذات (أولان في اعتباره) أي في اعتبار التفاوت في الوصف (سدباب البياعات) في هذه
الاشياء ، وهو مفتوح لان بيع هذه الاشياء لا يجوز متفاضلا ولا مجازفة فلم يبق إلا حالة
التساوي ، ولو اعتبر المساواة في الوصف تسد بياعات هذه الاشياء يحنسها لان الحنطة لا
تكون مثل حنطة أخرى في الوصف لا بحالة والبياعات بكسر الباء جمع بياعة ، وإنما
جمعوا المصدر على تأويل الانواع (أو لقوله عليه السلام) أي ولا يعتبر الوصف لقول النبي
ﷺ (جيدها ورديتها سواء) .

وهذا الحديث غريب ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد الخدري رضي الله
عنه ، وقدر في هذا الباب .

وذكر الاترازي « رح » وغيره هذا الحديث وسكتوا عنه (والطعم والتمنية من أعظم
وجوه المنافع) هذا جواب عن جعل الشافعي « رح » المطعم والتمنية علة للحرمة تقريره
أن ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما أضيف اليهما لانهما لما كانا من أعظم وجوه المنافع
كان الطريق فيه الإطلاق وهو معنى قوله :

(والسبيل في مثلها) أي في مثل هذه الاشياء التي تتعلق بها أعظم وجوه المنافع
(الإطلاق) أي التوسعة (بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه) فان السنة
الإلهية جرت في حق جنس الانس وسائر جنس الحيوانات ، وإنما كان الاحتياج إليها أكثر
كان أمره في الوجود وإطلاق الشرح أوسع كلاما والهواء وحلف الدواب ، وإذا كان كذلك
كان تعليقه بما يوجب التضييق تعليلا بفساد الوضع (فلا معتبرا بما ذكره) أي بما ذكر

إذا ثبت هذا فنقول إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه يبدأ بيد مثلاً بمثل
جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار ، الا ترى
إلى ما يروى مكان قوله مثلاً بمثل كيلاً بكيل ، وفي الذهب بالذهب
وزناً بوزن وان تفاضلاً لم يجوز لتحقيق الربا ، ولا يجوز بيع
الجيد بالردىء مما فيه الربا إلا مثلاً بمثل لاهدار التفاوت بالوصف
ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين ،

الشافعي « رح » لا أنه علل بعملة وقعت فاسدة في خرجها .
فان قلت الشافعي « رح » استدل بقوله عليه الصلاة والسلام لا تبيعوا الطعام بالطعام
قلت قالوا هذا خبر لا يعرفه هو ولا ذكره أحد في كتاب مسند ، وإنما المروى بالطعام بالطعام
مثلاً بمثل كيلاً بكيل ، وهذا لا يتناول إلا ما يكان بعينه كذا في شرح مختصر الكرخي
« رح » (إذا ثبت هذا) أي ما ذكرنا أن العملة القدر والجنس عندنا مطعوماً كان أو غيره
(فنقول إذا بيع المكيل أو الموزون) أي لو بيع الموزون (بجنسه يبدأ بيد مثلاً بمثل جاز
البيع فيه لوجود شرط الجواز) أي جواز البيع .
(وهو) أي شرط الجواز (المماثلة في المعيار الا ترى) توضيح المماثلة في المعيار ،
فان قوله كيلاً بكيل بمنزلة التفسير لقوله مثلاً بمثل إذ كلام الشارع يفسر بعضه بعضاً
(إلى ما يروى مكان قوله مثلاً بمثل كيلاً بكيل) أشار به إلى قوله ذلك قلنا أن قوله
كيلاً بكيل بمنزلة التفسير الخ .

(وفي الذهب) أي جاز المبيع أيضاً في الذهب إذا بيع (بالذهب وزناً بوزن) أي
من حيث الوزن يعني متساويين (وإن تفاضلاً لم يجوز لتحقيق الربا) يفضل أحدهما على
الآخر (ولا يجوز بيع الجيد بالردىء) أي ما يتحقق فيه من الأشياء الربوية
(إلا مثلاً بمثل) يعني متماثلين متساويين (لاهدار التفاوت في الوصف) أي لاجل إهدار
التفاوت في وصف الجودة والرداء شرعاً وعرفاً (ويجوز بيع الحفنة) هي ملء الكف .
قال الاثرابي « رح » وقال الجوهري الحفنة ملء الكفين من الطعام (بالحفنتين

والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار، ولم يوجد فلم يتحقق الفضل،
ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الائتلاف، وعند الشافعي «رح»،
علة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم، وما دون نصف الصاع
فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا
مكيلا أو موزوناً غير مطعون بجنسه متفاضلا كالجص والحديد
لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس، وعنده

والتفاحة (أي بيع التفاحة) بالتفاحتين (لأن المساواة بالمعيار) يعني المساواة بالكيل
شرط (فلم يوجد) لأنه لا كيل في الحفنة والحفنتين (فلم يتحقق الفضل) لأن تحققه مبني
على المساواة بالمعيار ، فإذا لم يتحقق الفضل فلا يكون ربا واستوضح ذلك بقوله (ولهذا)
أي ولاجل أن الحفنة والحفنتين لا تدخل تحت المعيار الشرعي (كان مضموناً بالقيمة عند
الائتلاف) إذ لو كان داخلاً تحت المعيار كان مضموناً بالمثل عند الائتلاف كما في سائر
المكيلات والموزونات ، لان المكيلات والموزونات كلها في ذوات الامثال دون القيم
(وعند الشافعي « رح ، العلة) أي علة الربا (هي الطعم) فلا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين
لوجود الطعم (ولا مخلص وهو المساواة فيحرم) .

وفي شرح الطحاوي ولو باع البطيخة ببطيختين أو تفاحة بتفاحتين أو بيضة ببیضتين
أو جوزة بجوزتين يجوز عندنا لعدم الكيل ، وعنده لا يجوز لوجود الطعم ، وكذلك إذا
باع حفنة بحفنتين أو حبة بحبة أو تفاحة بتفاحة يجوز عندنا وعنده لا يجوز (وما دون
نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه) أي بما دون نصف
الصاع بخلاف النصف لان الشرع ورد بالتقدير فيه كما في صدقة الفطر وغيرها .

وفي المبسوط هذا إذا لم يدخل كل واحد من البدلين تحت النصف ، أما إذا بلغ
أحدهما النصف والآخر لم يبلغ أو أكثر من النصف حتى لو باع حفنة بقفيز لا يجوز ،
وفي الأسرار ما دون الحبة من الفضة لا قيمة له (ولو تبايعا مكيلا أو موزوناً غير مطعون
بجنسه متفاضلاً كالبحص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده) أي وعند

يجوز لعدم الطعم والشمية . قال وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى
المضموم إليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه
الإباحة وإذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة المحرمة وإذا وجد
أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم
هروي في هرويان أو حنطة في شعير

للشافعي « رح » (يجوز لعدم الطعم والشمية) وبه قال مالك « رح » في رواية ولو
تبايعا وزنا بوزنين وهو ما كول أو مشروب كالدهن ، والزيت والرب والخل لا يجوز إلا
وزنا بوزن عند الكل لكن باختلاف التخريج أما عندنا فلو جود الجنس والوزن ، وأما
عند الشافعي وأحمد « رح » في رواية لوجود الطعم .

وأما عند مالك « رح » فلو جود الادخار ، لان عنده علة الربا الادخار والاقتيات .
(قال) أي القدوري « رح » (وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم) المعنى
المضموم هو القدر (إليه) أي إلى الجنس كبيع الحنطة بالدرهم والثياب (حل للتفاضل
والنساء) بفتح النون والمد وهو البيع إلى أجل (لعدم العلة المحرمة) معناه أن علة
حرمة الربوا القدر والجنس فلما انعدم لم تثبت الحرمة وحل التفاضل ، والنساء لان الحل
هو الاصل لقوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ .

فان قيل عدم العلة لا يدل على عدم الحكم قلنا الاصل جواز البيع مطلقا والاباحة ،
إلا أن الشرع اعتبر التحريم بوصفه ، فاذا وجد هذا الوصف قلنا بالتحريم وإلا فنعمل
بالاصل ، وهو معنى قوله (والأصل فيه الاباحة) أي الاصل في البيع الاباحة الا عند
اعتبار الشرع التحريم (وإذا وجدا) أي الوصفان (حرم التفاضل والنساء لوجود العلة
المحرمة وإذا وجد أحدهما) أي أحد الوصفين (وعدم الآخر حل التفاضل وحرم
النساء مثل أن يسلم هرويان في هروي) أي الثوب الهروي .

وفي بعض النسخ هرويا في هروي ، وفيه عدم القدرة الذي هو أحد الوصفين ، ويجوز
فيه التفاضل بان يباع واحد باثنين ، ولا يجوز أن يباع بالنسيئة (أو حنطة في الشعير)

فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء في أحدهما ،
وقال الشافعي والجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالنقدية وعدمها لا
يثبت إلا شبهة الفضل ، وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز
بيع الواحد بالاثنتين فالشبهة أولى ، ولنا أنه مال الربا من وجه نظرا
إلى القدر والجنس ،

أي أو اسلم حنطة في شعير وفيه عدم الجنس ، فيجوز فيه التفاضل ولا يجوز النساء كما
إذا اسلم أحدهما في الآخر (فحرمة ربا الفضل بالوصفين) القدر والجنس (وحرمة النساء
بأحدهما) أي بأحد الوصفين .

(وقال الشافعي «رح» والجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالنقدية) أي في جانب
(وعدمها) أي في جانب آخر (لا يثبت إلا شبهة الفضل) لأن النسبة عبارة عن
تأخير المطالبة وهي ليست حقيقة الفضل لأن فيها تفاوتات مالية حكما ، والتفاوت في
المالية حقيقة أكثر تأثيراً في التفاوت في المالية حكماً ، ولا أثر له في المنع من جواز العقد
حتى يجوز بيع ثوب بثوبين ، فالتفاوت حكماً أولى .

كذا قاله تاج الشريعة «رح» ويفهم منه معنى قوله (وحقيقة الفضل غير مانع فيه
حتى يجوز بيع الواحد بالاثنتين فالشبهة أولى) أي بأن لا تكون مانعة بيانه على وجه
الإيضاح ، أن حقيقة الفضل غير مانع في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين ، والعبد
بالعبدتين والشبهة أولى .

وقال الأكل «رح» قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة
فائدة فإن القدر عنده كذلك ، فإنه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد
والرصاص ، ويمكن أن يقال إنما خصه بالذكر لأن الحكم وهو حرمة النساء إنما لم توجد
عنده في صورة الجنس وأما في صورة القدر فقد توجد ، فإنه لم يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة ،
وكذا بيع الحنطة بالشعير وإن كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التقابض شرط في
الصرف وبيع الطعام عنده (ولنا أنه) أي أن بيع النسيئة (مال الربا من وجه نظراً
إلى القدر) أي إلى القدر وحده كما في الحنطة مع الشعير (أو إلى الجنس) أي أو نظراً

والنقدية أوجبت فضلاً في المالية فتحقق شبهة الربا وهي مانعة للحقيقة

إلى الجنس وحده كالثوب الهروي مع الهروي .

(والنقدية أوجبت فضلاً في المالية فيتحقق شبهة الربا) لان الفضل من حيث النقدية فضل من حيث المعنى والنقد خير من النسيئة فمن الوجه الذي هو مال الربا أظهر الفضل من حيث النقدية في أحدهما ، وذلك شبهة الربا (وهي) أي شبهة الربا (مانعة) عن الجواز (كالحقيقة) قال الاكل في بحث من وجهين ، أحدهما ما قيل ان كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون الشبهة أوجبت فضلاً شبهة فصار بشبهة الشبهة ، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها ، والثاني أن كونها شبهة الربا كالحقيقة إما أن يكون مطلقاً أو في محل الحقيقة ، والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه ، فيجب أن تكون الشبهة كذلك .

والجواب عن الأول أن الشبهة الأولى في المحل والثانية في الحكم ، وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة ، وبشبهة العلة والعمل يثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة ، وعن الثاني أن القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة كما أن الحقيقة مانعة في محلها إذا وجدت العلة بكاملها .

فان قيل بعض الشراح استدلل للشافعي « رح » بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص « رض » أن رسول الله ﷺ أمر أن يجهز جيشاً فبعدت الأبل فأمره أن يأخذ في قلائص الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة ، رواه أبو داود .

واستدل اصحابنا بما رواه أبو داود « رح » أيضاً من حديث الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان نسيئة ، ورواه بقية الأربعة ، وقال الاكل « رح » فان قيل ما قال المصنف لم يستدل للجانبين بهذه الأحاديث ، ثم قال فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق التأويلات معناه عن ذلك قلت قيل الجواب عن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص « رض » أنه كان في دار الحرب وقد أخذ عبد الله من أهل الحرب ولا ربا بينهما عندها .

وقيل إنه كان قبل تحريم الربا ، وقيل حديث عبد الله بن عمر « رض » ،

إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وإن جمعها الوزن
لأنهما لا يتفقان في صفة الوزن فإن الزعفران يوزن بالامناء وهو مثنى
يتعين بالتعيين ،

بطريق ابن إسحاق بطريق بعثته وهو مدلس فلا يحتج به .
ولما أخرج الترمذي « رح » حديث سمرة قال حديث سمرة حسن صحيح وسامع
الحسن عن سمرة صحيح ، هكذا قال علي بن المديني وغيره والعمل على هذا عند أكثر أهل
العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وهو قول سفيان الثوري
وأهل الكوفة وبه يقول أحمد « رح » . انتهى كلام الترمذي « رح » وروي عن ابن
عباس وجابر وابن عمر في هذا الباب أيضاً فحديث ابن عباس أخرجه الترمذي في كتاب
العلل المفرد من حديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان
نسيئة ، وحديث ابن عمر « رض » رواه الترمذي في العلل نحوه ، وحديث جابر رواه
ابن ماجه بلفظ لا بأس بالحيوان واحد باثنين يدأ بيد ، وكره نسيئة .

(إلا أنه) استثناء من قوله وحرم النساء في قوله فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل
التفاضل وحرم النساء ، إلا أن الرجل (إذا سلم النقود في الزعفران ونحوه) كالقطن
والحديد (يجوز وإن جمعها الوزن) بيانه أن قوله وحرم النساء باطلاقة يتناول أن كل ما
يوجد فيه أحد وصفي الربا من الجنس والقدر لا يجوز إلا اسلام أحدهما بالآخر
وهنا يجوز اسلام النقود بالزعفران ونحوه مع وجود أحد الوصفين وهو الوزن .

فقال المصنف (لانهما) أي لان النقد والزعفران (لا يتفقان في صفة الوزن ، فان
الزعفران يوزن بالامناء) وهو جمع المنى مقصور ، والتثنية منوان ، وقال الجوهري المنى
الذي يوزن به (وهو) أي الزعفران (مثنى متعين بالتعيين) ولهذا إذا اشترى الدنانير أو
الدرهم موازنة وقبض كان له أن يبيعه موازنة بدون إعادة الوزن .

وفي الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن إذا اشترى موازنة ثم باع موازنة وهذا
اختلاف بينهما حكماً ، فإذا وجد الوزن في كل وجه يحرم النساء لوجود أحد وصفي علة

والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز ، فإذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ،

الربا لأنه حصل شبهة الربا وإذا وجد الاتفاق في الوزن من وجه دون وجه نزلت الشبهة إلى شبهة الشبهة ، والمعتبر هو الشبهة لا شبهة الشبهة (والنقود توزن بالسنجات) بتحريك النون جمع سنجة ، وهو بالفارسية سنك ترازو ، وعن هين السكيت لا يقال بالسين بل هي بالصاد سنجات وفي المغرب الصنجات بالتحريك جمع صنجة بالتسكين .

وعن الفراء السين أفصح ، والكر القبني السين أصلا ، قلت الصواب مع الفراء لا يعرفه إلا من يعرف اللغة الفارسية (وهو) أي النقود على تأويل ما يوزن بالسنجات (ثمن لا يتعين بالتعيين) لأن النقيدين لا يتعينان بالتعيين وقد مر غير مرة (ولو باع بالنقود موازنة) أي لو باع الزعفران بالنقود ، وفي بعض النسخ ولو باع النقود موازنة بلا صرف الباقي أول النقود .

(وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز) وقد أوضحنا عن قريب (فإذا اختلفا) أي النقود والزعفران (فيه) أي في الوزن (صورة ومعنى وحكما) هذا على طريق اللف والنشر ، فقوله صورة يرجع إلى قوله يوزن بالامناء ، وقوله معنى يرجع إلى قوله يتعين بالتعيين ، وقوله وحكما يرجع إلى قوله لا يجوز أي التصرف فيها لا يجوز (لم يجمعهما القدر من كل وجه) أي لم يجمع النقود والزعفران القدر وهو الوزن من كل وجه بل من وجه دون وجه ، فإذا كان كذلك (فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة) فإن الموزونين إذا اتفقا كان المنع للشبهة وإذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة (وهي) أي شبهة الشبهة (غير معتبرة) لأن الشبهة هي المعتبرة ، الا يقال لم يخرجها بذلك عن كونها موزونين فقد جمعها الوزن

قال وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلا
فهو مكيل أبداً وإن ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير
والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون
أبداً وإن ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة لأن النص
أقوى من العرف والأقوى لا يترك بالأدنى ، وما لم ينص عليه فهو
محمول على عادات الناس لأنها دالة ،

لأن إطلاق اللفظ عليها حينئذ بالاشتراك اللفظي ليس إلا ، وهو لا يفيد الاتحاد بينهما
وصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة .
وقال الاكمل « رح » وفي عبارة المصنف تسامح ، فإنه قال إذا اختلفا صورة ولم
يختلفا صورة ولهذا قال شمس الأئمة « رح » بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى
وحكماً إلا إذا حمل قوله صورة على أن معناه حقيقة فأفهم .

(قال) أي القدوري « رح » (وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل
فيه كيلا فهو مكيل أبداً وإن ترك الناس الكيل مثل الحنطة والشعير والتمر والملح) حاصله
ان ما كان مكيلاً على عهد رسول الله ﷺ لا يغير أبداً عن ذلك بل يعتبر ما كان مكيلاً
في عهده ، ويشترط فيه التساوي بالكيل ولا يلتفت إلى التساوي في الوزن دون الكيل
حتى لو تساوى الحنطة بالحنطة وزناً لا كيلاً لم يجز (وكل ما نص) أي رسول الله ﷺ
(على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون أبداً وإن ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب
والفضة) كذلك يعتبر فيه التساوي بالكيل دون الوزن حتى لو تساوى الذهب
بالذهب كيلاً لا وزناً لم يحسب ، وكذلك الفضة بالفضة وذلك لأن طاعة النبي
ﷺ واجبة علينا (لان النص أقوى من العرف) لكون النص حجة على من تعارف على
من لم يتعارف ، والمعروف ليس بحجة إلا على من تعارف به (والأقوى لا يترك بالأدنى
وما لم ينص) من النبي ﷺ (عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دالة) أي لأن

وعن أبي يوسف « رض » أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور إليها وقد تبدلت ، فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً أو الذهب بجنسه متائلاً كيلاً لا يجوز عندهما ، وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة ، إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزناً لوجود الإسلام في معلوم قال وكل ما ينسب إلى الرطل

العادات دالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه العادة لقوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وقوله عليه السلام لا تجتمع أمتي على الضلالة .

(وعن أبي يوسف « رح » أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك) أي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت إنما كان (لمكان العادة) فيه (فكانت) أي العادة (هي المنظور إليها) في ذلك الوقت (وقد تبدلت) أي تلك العادة فيجب أن يكون الحكم على وفاق ذلك .

(فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً أو الذهب) أي أو باع ذهباً (بجنسه متائلاً كيلاً لا يجوز عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ، (وإن تعارفوا ذلك) وكلمة أن واصله بما قبلها ، وعند أبي يوسف « رح » يجوز إذا تعارفوا ذلك (لتوهم الفضل) من دليلهما (على ما هو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة إلا أنه يجوز) استثناء من قوله لا يجوز عندهما أي لكن يجوز (الإسلام في الحنطة ونحوها وزناً) على ما اختاره الطحاوي « رح » (لوجود الإسلام في معلوم) فإن المائلة ليست بمعتبرة فيه ، إنما المعتبر هو الإعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن ، وذكر في التتمة أنه ذكر في المجرى عن أصعابنا إنه لا يجوز فكان في المسألة روايتان .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وكل ما ينسب إلى الرطل) بكسر الراء

فهو وزني معناه ما يباع بالآواقي لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب
ما يباع بها وزناً بخلاف سائر المكيال ، وإذا كان موزوناً فلو بيع
بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز

وفتحها قال الجوهري «رح» الرطل نصف منى مقصور ، ثم قال هو الذي يوزن به ، وقال
في كتاب يوحنا بن سرافيون : الرطل اثنى عشرة أوقية ، وقال أيضاً الرطل عشرون
أستاراً والأستار ستة دراهم ودانقان ، أو قال أربعة مثاقيل فعلى هذا فيما قيل أن
الأوقية أربعون درهماً نظراً .

وقال أبو عبيدة وزن الرطل مائة درهم وثمانية وعشرون درهماً وزن سبعة ، وفي
المغرب الرطل الذي يوزن به أو يكال به (فهو وزني) خبر المبتدأ أعني قوله وكلما
دخلت الفاء فيه لتضمنه الشرط قال المصنف «رح» (معناه ما يباع بالآواقي) وكذا
قال فخر الدين قاضي خان «رح» .

تفسيره أن ما يباع في الآواقي فهو وزني (لأنها) أي لأن الآواقي (قدرت بطريق
الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزن) حتى لو بيع شيئاً منها بجنسه متساوياً كيلاً
يجوز لجواز التفضيل في الوزن ، وهذا لأنه يشق وزن الدهن بالأمناء والصباحات لأنه
لا يستمسك إلا في وعاء ، وفي وزن كل وعاء نوع خرج فاتخذ الرطل لذلك .

والآواقي جمع أوقية بالتشديد وهي أربعون درهماً وهي أفعولة من الوقاية لأنها تقى
صاحبها من الضرر ، وعند الأطباء الأوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة أسباع درهم ، وهو
أستار وثلثا أستار .

وفي كتاب العين الأوقية وزن من أوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل (بخلاف سائر
المكائيل) متصلاً بقوله لأنها قدرت يعني أن سائر المكائيل لم تقدر بالوزن فلا يكون
للوزن فيه اعتبار .

وقال تاج الشريعة «رح» قوله بخلاف سائر المكائيل يعني أن هاهنا القدر بالوزن فيجوز
البيع بالأوقية ، وإن كانت الأوقية كيلاً لأنها قدرت بالوزن (وإذا كان موزوناً) يعني
إذا ثبت أن ما ينسب إلى الرطل وزني (فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز)

لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد العرف ما وقع على
جنس الأثمان يعتبر فيه قبض عوضين في المجلس لقوله عليه السلام
الفضة بالفضة هاء وهاء ، معناه يبدأ بيد ، وسنبين الفقه في
الصرف إن شاء الله تعالى . قال وما سواه مما فيه الربا

ولو كان سواه بسواء (لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة) إنما قيد بقوله لا يعرف وزنه
بمكيال مثله لانه إذا عرف وزنه جاز (قال) أي القدوري « رح » في مختصره (وعقد
العرف ما وقع على جنس الأثمان) وهي النقود .

وقوله وعقد الصرف كلام إضافي مبتدأ ، وقوله ما وقع خبره ، وقوله (يعتبر)
خبراً بـ « بعد خبر أي يجيب (فيه قبض عوضين في المجلس لقوله عليه السلام) أي لقول
النبي ﷺ (الفضة بالفضة هاء وهاء) هذا الحديث أخرجه محمد بن الحسن في الأصل عن
أبي صالح عن أبي سعيد الخدري « رح » قال أشهد أني سمعت رسول الله ﷺ يقول
الذهب بالذهب والفضة بالفضة إلا هاء وهاء فمن زاد فقد أربى .

وروى الجماعة في كتبهم عن عمر بن الخطاب « رض » عن النبي ﷺ الذهب بالورق
رباً ، والبر بالبر إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر
ربوا إلا هاء وهاء .

قوله هاء بمدود على وزن هاع ومعناه خذ ، أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه
فيتقابضان ، وفسر المصنف بقوله (معناه يبدأ بيد) وكذا قال الترمذي « رح » بعد أن
روى حديث عمر « رض » معنى قوله إلا هاء وهاء بقوله يبدأ بيد ، وقال تاج الشريعة
« رض » قوله يبدأ بيد أي قبضاً بقبض كهي اليد باليد عنه لكونه آلة القبض ، ويقال
يعني يبدأ بيد عيناً بعين وكذا وقع في حديث مسلم عن عبادة وفيه سواء بسواء وعيناً
بعين (وسنبين الفقه في الصرف إن شاء الله تعالى) هذه حوالة راحة تأتي في
باب الصرف .

(قال) أي القدوري « رح » (وما سواه مما فيه الربا) أي ما سوى عقد الصرف

يعتبر فيه التعين ولا يعتبر فيه التقابض خلافاً للشافعي « رض » في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يبدأ بيد ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض ، وللقدم مزية فتتحقق شبهة الربا ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف ويترب ذلك على التعين بخلاف الصرف لأن القبض فيه يتعين به ومعنى قوله عليه السلام يبدأ بيد عيناً بعين

مما يجري فيه ربا كالمكيلات والموزونات غير الذهب والفضة (يعتبر فيه التعين ولا يعتبر فيه التقابض) أي قبل التفرق بالأبدان (خلافاً للشافعي « رض » في بيع الطعام بالطعام) فإن عنده التقابض في المجلس شرط فيه إن اتحد المجلس أو لم يتحد ، كأن باع كر حنطة بكر حنطة أو بثمان فافترقا من غير قبض فإنه لا يجوز عنده ، وبه قال مالك (له) أي للشافعي « رض » (قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف يبدأ بيد) سواء بسواء (ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللقدم مزية) على غيرها (فيتحقق شبهة الربا) وهي كالحقيقة في باب الربا (ولنا أنه) ان ما سوى عقد الصرف مما يجري فيه الربا (مبيع متعين) وكل ما هو متعين قد تعين بالتعين (فلا يشترط فيه القبض كالثوب) والمبد والدابة وغيرها (وهذا) أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين (لأن الفائدة المطلوبة) بالمقد (إنما هو التمكن من التصرف ويترب ذلك على التعين) فلا يحتاج إلى القبض (بخلاف الصرف) جواب عما يقال لو كان الأمر كما قلتم لما وجب القبض في الصرف فأجاب بقوله بخلاف الصرف حيث يشترط فيه القبض (لأن القبض فيه) أي في الصرف (يتعين به) أي بالقبض لأن النقود لا تتعين .

(ومعنى قوله عليه السلام) هذا جواب عن استدلال الخصم .. الحديث ، أي معنى قول النبي ﷺ (يبدأ بيد عيناً بعين) تقريره أن المعنى إذا كان عيناً بعين يعني معيناً بعين يدل

كذا رواه عبادة بن الصامت « رض »

على ان المراد منه التعمين ، إلا ان التعمين في الصرف لا يتحقق قبل التقابض فلاجل هذا اشتراط التقابض .

(كذا رواه) أي كذا روي عينا بعين (عبادة بن الصامت) حاصلا ان الروايتين أعني يدأ بيد وعينا بعين كلتاهما وقعتا في حديث عبادة « رض » إلى غير أن رواية عينا بعين وقعت في رواية مسلم « رض » وقد مضى كما ينبغي ، ثم اشتراط التعمين والتقابض جميعا المدلول عليهما بالروايتين متفق بالإجماع المركب ، أما عندنا فلان الشرط هو التعمين لا القبض ، وأما عند الشافعي « رض » فبالعكس فحينئذ لا بد من حمل أحدهما على الآخر .

وقوله يدأ بيد يحتمل أن يكون المراد به القبض لان اليد آله ، ويحتمل أن يكون المراد التعمين لأنه يحتمل لأنه إنما يكون بالإشارة باليد .

وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على الحكم فإن قيل يلزمكم على هذا العمل بمعوم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يدأ بيد بمعنى القبض في الصرف ، وبمعنى التعمين في بيع الطعام قلنا لا نسلم ذلك لأن المراد في كلتا صورتين التعمين ، إلا أن التعمين في كل موضع يختلف بحسب حاله ففي الدراهم والدنانير والتعمين لا يكون إلا بالقبض إذ هما لا يتعينان في المعقود والفسخ فكان القبض هناك في ضرورة وجوب التعمين .

أما الطعام فما يتمين بالتعمين ثمنا كان أو مشمنا فلم يحتج في تعينه إلى القبض ، فإن قيل يشكل بما إذا باع ابريق فضة يحسنه فإنه يشترط القبض مع أنه يتمين بالتعمين ، قلنا التعمين في ابريق بعارض الصفة فاعتبر فيما يرجع إلى الإحتياط الاصل وهو الثمنية وعدم التعمين ، والشبهة في الربا كالحقيقة فاشتراط القبض وفعالها .

وقال الأكل « رض » واعترض بأن ما ذكرتم إنما هو على طريقتكم في أن الأثمان لا تتمين ، وأما الشافعي « رض » فليس يقايل به فلا يكون ملزماً والجواب أنه ذكره بطريق البادي وهنا لثبوت بالدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه ، وقال تاج الشريعة

وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً بخلاف النقد
والمؤجل ، قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين
والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي « ر ح »
يخالقنا فيه لوجود

« رض » فإن قلت روى أيضاً في رواية في حديث عبادة « رض » قبضاً بقبض وهذا
صريح في الباب قلت هذه رواية شاذة فلا يترك الحديث المشهور ، وهو قوله الحنطة بالحنطة ،
مثلاً بمثل عيناً بعين بهذه الرواية .

(وتعاقب القبض) جواب عن قوله إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض فأجاب
بقوله وتعاقب القبض بوجهيه أن تعاقب القبض المانع الذي يعد تفاوتاً في المالة ومهنا
ليس كذلك لأن التعاقب مهنا (لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً) فإن التجار لا يفصلون بين
المقبوض وغيره بعد أن يكون حالاً فلا يتحقق فضل أحدهما فيجوز (بخلاف النقد) أي
الحال (والمؤجل) فان فيها التعاقب يعد تفاوتاً لأنهم يفصلون فيها .

(قال) أي محمد « ره » في الجامع الصغير (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة
بالتمرتين والجوزة بالجوزتين) قال الاترازي « ر ح » إنما كرر هذه المسألة لأنها من مسائل
الجامع الصغير وقد علم حكمها قبل ذلك ، وكان القياس أن يذكرها عند قوله ويجوز بيع
الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين (لانعدام المعيار) وهو الكيل (فلا يتحقق الربا)
يعني حكم النص وجوب التساوي بين البدلين فلا يشرع الا في محل قابل له وهذا المحل لا
يقبله فلم يشترط التساوي فيه فبقي على الأصل وهو الإباحة .

وقال الإمام الترمذاشي « ر ح » هذا إذا كان البدلين نقدين ، أما إذا كان كلاهما أو
أحدهما نسيئة لا يجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النساء ، فإن قيل الجوز والبيض في ضمان
المستهلكات مثلين فينبغي أن لا يجوز مع الواحد بالاثنتين لشبه الربا ، قلنا لا مماثلة بينهما
حقيقة للتفاوت صغراً وكبراً الا أن الناس اصطالحوا على اهدار التفاوت في حق ضمان
المددان فيعمل ذلك في حقهم دون الربا الذي هو حق الشرع كذا في النخيرة .

(والشافعي « ر ح » يخالقنا فيه) أي في بيع البيضة بالبيضتين ونحوهما (لوجود

الطعم على ما مر ، قال ويجوز بيع الفلاس بالفلسين بأعيانها عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ، وقال محمد « رح » ، لا يجوز لأن الثمنية ثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانها ، وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما أن الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما

الطعم على ما مر) من أصله ان علة الربا عنده في المظومات الطعم ، وفي شرح الطحاوي لو باع بطيخة بطيختين او تفاحة بتفاحتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين أو حفنة من الحنطة بحفنتين يجوز عندنا لعدم الكيل ، وعند الشافعي « رح » ، لا يجوز لوجود الطعم .

وكذلك إذا باع حفنة بحفنة أو حبة بحبة أو تفاح بتفاحة يجوز عندنا وعند لا يجوز (قال) أي القدوري « رح » (ويجوز بيع الفلاس بالفلسين بأعيانها) قيد بأعيانها احترازاً عما إذا باع بغير عين أحدهما أو كلاهما فإنه لا يجوز بالاتفاق لأن غير المعين ان كان كلا البدلين يلزم بيع الكالء بالكالء وان كان أحدهما يلزم النساء . والجنس بانفراده يحرم النساء (عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح ») استحساناً وبه قال الشافعي « رح » في قول (وقال محمد « رح » لا يجوز) وبه قال الشافعي « رح » في وجه (لأن الثمنية) في الفلوس (ثبت باصطلاح الكل) اي كل الناس (فلا تبطل باصطلاحها) لعدم ولايتها على غيرها (فإذا بقيت أثماناً لا تتعين) بالاتفاق (فصار) حكمه (كما إذا كان بغير أعيانها) حيث لا يجوز بالاتفاق (وكبيع الدرهم بالدرهمين) أي وصار أيضاً حكمه كحكم بيع الدرهم بالدرهمين حيث لا يجوز بالاتفاق .

ولهذا تبين أن الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قبلت بخلاف جنسها ، كما إذا اشترى ثوباً بالفلوس معينة فهلك قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة (ولهما) أي ولأبي حنيفة ولأبي يوسف « رح » (ان الثمنية) في الفلوس (في حقهما تثبت باصطلاحهما) لا باصطلاح الناس (إذ لا ولاية للغير عليها فتبطل) أي الثمنية

فتبطل باصطلاحهما ، وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود
وزنياً لبقاء الاصطلاح على العد إذ في نقضه في حق العد فساد العقد
فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لأنها للثمنية خلفه وبخلاف
ما إذا كانا بغير أعيانهما

(باصطلاحهما) يعني إذا ثبتت الثمنية في حقهما باصطلاحهما كان لهما أن ينقضا ذلك
الاصطلاح باصطلاح آخر .

(وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين) لأنه عاد مثمناً كما كان (ولا يعود وزنياً لبقاء
الاصطلاح) أي اصطلاحهما (على العد) تصحيحاً لتصرفهما .

وقال الكاكي « رح » قوله ولا يعود وزنياً جواباً لاشكال ذكره في المبسوط فقال
فإن قيل تحت هذا الكلام فساد عظيم فانه إذا خرج عن أن يكون ثمناً في حقهما كان هذا
صفر لقطعني صفر وذلك لا يجوز في الوزني مجازفة فلم يكن في ابطال وصف الثمنية
تصحيح هذا العقد ، قلنا الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية والعد ، وهما
أعرضا في هذه المبالغة عن اعتبار صفة الثمنية وما أعرضا عن اعتبار صفة العد فيها .
وليس من ضرورة خروجهما من أن يكون بينهما في حقهما خروجهما من أن يكون
عددياً كالجوز والبيض فإنه عددي وليس بتمني .

ثم أن المصنف استدل على بقاء اصطلاحهما في حق العدد بقوله (إذ في نقضه) أي
في نقض الاصطلاح (في حق العد فساد العقد) والحال أنهما قصدا صحة العد ولا صحة
إلا إبقاء العد (فصار الجوزة بالجوزتين) هذا بيان لانفكاك العدديه عن الثمنية .

وبيع الجوزة بالجوزتين يجوز لانعدام المعيار فلا ربا فيه (بخلاف النقود) جواب
عن قول محمد « رح » كبيع الدرهم بالدرهمين (لأنها) أي لأن النقود (لاثمنية خلفه) أي
من حيث الخلفة لا من حيث الاصطلاح فلا تبطل الثمنية باصطلاحهما (وبخلاف ما
إذا كانا بغير أعيانهما) جواباً عما قال محمد « رح » كما إذا كانا بغير أعيانهما فإن
ذلك لم يجز .

لأنه كاليء بكاليء وقد نهي عنه ، وبخلاف ما إذا كان أحدهما
بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء ، قال ولا يجوز بيع
الحنطة بالدقيق ولا بالسويق

(لأنه كاليء بكاليء) أي لأن هذا العقد نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه ، وهو معنى
قوله (وقد نهي النبي ﷺ عنه) ، هذا رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والبخاري
« رح » في مسانيدهم من حيث موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر « رح »
قال : نهي رسول الله ﷺ أن يباع كاليء بكاليء يعني ديناً بدين .

ورواه ابن عدي في الكامل وأعله بموسى بن عبيدة ونقل تضعيفه عن أحمد « رح »
قال قيل لأحمد إن شعبة يروي عنه قالوا لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه وقال ابن
عدي والضعف على حديثه بين ورواه .

ورواه أبو عبيدة في كتاب غريب الحديث عن زيد بن الحباب عن موسى بن عبيدة إلى
آخره نحوه ، وقال أبو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة ، وقال في الفائق كلا الدين كلوا فهو
كاليء إذا تأخر ، وذكره الجوهري « رح » في المموز وقال وكان الأصمعي يهزه وينشد:
وإذا تباشرك الموم فأنها كال وفاجز أي منها ما هو نسيئة ومنها ما هو نقد .

وقال أبو عبيدة تكلأت أي استنسات نسيئة وكذلك استكلأت بالضم وهو من
التأخير ، وقال أبو زيد « رح » كلات الطعام تكلياً أو كلات أكلاؤها إذا أسلفت فيه
وما أعطيت في الطعام نسيئة من الدراهم فهو الكلاء بالضم (وبخلاف ما إذا كان
أحدهما بغير عينه) هذا جواب عما إذا كان أحدهما غير عين (لأن الجنس بانفراده
يحرم النساء) .

واعلم أن بيع الفلّس يحسنه متفاضلاً على أربعة أوجه ، بيع فلّس بغير عينه بفلسين
بغير أعيانها ، وبيع فلّس بعينه بفلسين بغير أعيانها ، وبيع فلّس بغير عينه بفلسين
بأعيانها ، وبيع فلّس بعينه بفلسين بأعيانها والكل فاسد سوى الوجه الرابع ففيه
الخلافاً المذكور .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق) لا

لان المجانسة باقية من وجه لانهما من أجزاء الحنطة والميعار فيها
الكيل لكن الكيل غير مسوى بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه
وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل ، ويجوز بيع
الدقيق بالدقيق متساوياً كيلاً

متساوياً ولا متفاضلاً ولا بالكيل ولا بغيره ، وقال الشافعي « رح » وأحمد « رح » في
رواية وهو قول الثوري أيضاً ، ونقل عن الشافعي وأحمد « رح » في رواية أنه يجوز
بيع الحنطة بالدقيق متساوياً ، وبه قال مالك وأحمد « رح » في أظهر القولين ، إلا أن
مالك يعتبر الكيل ، وأحمد « رح » يجوز بالوزن فقالا الدقيق نفس الحنطة إلا أن أجزاءها
قد تفرقت فأشبهه ببيع حنطة صغيرة الحبات بحنطة كبيرة الحبات .

وكذا الخلاف في بيع الحنطة بالنخالة (لأن المجانسة باقية من وجه) لأن بالطعن لم
يوجد لا تفريق الأجزاء (لأنهما) أي لأن الدقيق والسويق (من أجزاء الحنطة والميعار
فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوى بينهما) أي لكن بين الدقيق والسويق (وبين
الحنطة لاكتنازهما) أي لاجتماعهما (فيه) أي في الكيل (وتخلخل حبات الحنطة)
يقال أجزاءه متخلخلة أي في خلالها فرج فإذا كان كذلك صار كالمجازفة في احتمال الربا
(فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل) لعدم إشارة لأنه من جنسه من وجه وإن خص
باسم الحر .

وفي المبسوط لا يعرف التساوي بين الدقيق والحنطة فإن الدقيق لا يصير حنطة
ولكن الحنطة تطحن ، ولا بد وإن بعد الطحن متساويان في المكيال أم لا فلا يجوز بيع
أحدهما بالآخر .

فإن قيل ينبغي أن يجوز بيع الحنطة بالسويق لعدم الاكتناز في السويق قلنا الحرمة
باعتبار الشبهة وهي كافية لثبوت الحرمة فإن السويق في ضمن الحنطة فيتحقق شبهة
الجنسية كما لا يجوز بيع المقلية بغير المقلية (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلاً)
متساوياً نصب على الحال وكيلاً نصب على التمييز أي حال كونه متساوياً من حيث الكيل .

لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة «رح»
متفاضلاً ولا متساوياً ، لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلىة ، ولا بيع
السويق بالحنطة ، فكذا بيع أجزاءهما لقيام المجانسة من وجه ،
وعندهما يجوز ، لأنهما

وقال الكاكي «رح» متساوياً حال ، وكذا كيلاً حال والعامل في متساوياً بيع وفي
كيلاً لفظ متساوياً ، وقال الأكل «رح» قبل متساوياً وكيلاً حالان متداخلان لأن
العامل في الأول بيع وفي الثاني متساوياً ، هذا نقله من كلام الكاكي «رح» ، ثم قال
ويجوز أن يكونا مترادفين قلت الصواب هو الذي قلته لأن من شرط الحال أن يكون من
المشتقات ، وكيلاً اسم غير مشتق لأن المراد به هي الآلة التي يكتال بها لا الكيل الذي
هو مصدر كال يكيل كيلاً .

ولئن سلمنا وقوع الحال من غير المشتقات لكن حينئذ يؤول بالمشتق وههنا كيف
يؤول فلا يتأتى من لفظه .

(لتحقيق الشرط) وهو المساواة في الكيل فيما هو مكيل ، والكيل معيار شرعي
في المكيل . وعن الإمام الفضل أنه يجوز إذا تساوى كيلاً إذا كانا مكبوسين ، وفي
الدقيق بالدقيق وزناً روايتان . وفي الشامل والدقيق بالدقيق ، والمقلى بالمقلى في رواية
يجوز متساوياً ، والمقلى بغير المقلى لا يجوز لانعدام التساوي بينهما . وفي شرح الأقطع
يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا على صفة واحدة من النعومة . وفي خلاصة الفتاوى سواء
كان أحدهما أحسن أو أدق ، وكذا بيع النخالة بالنخالة .

(وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلاً ولا متساوياً ، لأنه لا يجوز
بيع الدقيق بالمقلىة ولا بيع السويق بالحنطة ، فكذا بيع أجزاءهما) أي أجزاء المقلىة وهي
السويق وأجزاء الحنطة وهي الدقيق (لقيام المجانسة من وجه) لأن السويق أجزاء
حنطة مقلىة . ويقول أبي حنيفة «رح» قال الشافعي .

(وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد (يجوز لأنهما) أي لأن دقيق الحنطة

جنسان مختلفان لاختلاف المقصود . قلنا معظم المقصود وهو
التغذي يشملهما ، ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية
والعلكة المسوسة

وسويقها (جنسان مختلفان) لاختلافهما في الاسم والهيئة والمعنى (لاختلاف المقصود)
لأن المقصود من الدقيق اتحاد الحبز والعصائد ، ولا يحصل شيء من ذلك السويق ، بل
المقصود منه إن بلت بالسمن أو العسل ، أو يشرب بالماء وكان للتفاوت بينهما أظهر من
التفاوت بين الهروي والمروي .

وأشار إلى الجواب عن هذا بقوله (قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما) أي
يشمل الدقيق والسويق . فقوله معظم المقصود مبتدأ ، وقوله يشملهما خبره . وقوله وهو
التغذي جملة معارضة بينهما (ولا يبالي بفوات البعض) أي بعض المقصود (كالمقلية مع
غير المقلية) يعني لا يجوز لأنهما اعتبرا جنساً واحداً وإن فات بعض المقاصد ، لأن
معظم المقاصد باق ، والمقلية المشوية من قلى يقلى إذا شوى ، وقد طعنوا على محمد « رح »
في هذا اللفظ ، لأنه لا يقال إلا مقلوه والمقلية المبعضة ، وطعنهم عليه خطأ ، لأن محمداً
كان من الفصحاء في اللغة ، وهذا اللفظ جاء جائياً وجاءوا ، يقال قليت السويق واللحم
فهي مقلى وقلوت فهو مقلو لفة ، كذا قال الجوهري غاية ما في الباب أن محمداً ذكر
الباء لأنه كان هذا المعروف عندهم .

(والعلكة بالمسوسة) يعني لا يجوز أيضاً ، والحنطة العلكة بفتح العين المهمة وكسر
اللام الجيدة . وقال ابن دريد طعام علك تبين المضغة وهي التي تكون كالملك من صلابتها
بتمدد من غير انقطاع ، والحنطة المسوسة المدودة يقال سوس الطعام إذا دود من السوس ،
وهو الذي يقع في الصوف والثياب والطعام ، يقال حنطة مسوسة بكسر الواو والمشددة .
وفي الكافي بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح في الأصح لعدم التساوي بينهما لاكتناز
أحدهما وتخلخل الآخر ، وبيع العلكة بالمسوسة يجوز لوجود تساوي بينهما . وفي
الذخيرة بيع المقلية بالمقلية يجوز متساوياً للجانسة بينهما في كل ذمة ، ولكن ذكر في
المبسوط أنه لا يجوز والله أعلم بصحته .

قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف .
وقال محمد «رح» إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا إذا كان
اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم ، والباقي
بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة
السقط أو من حيث زيادة اللحم ، فصار كالحل بالسمسم . ولهما أنه
باع الموزون بما ليس بموزون ، لأن الحيوان لا يوزن عادة ، ولا
يمكن معرفة ثقله بالوزن ، لأنه

(ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف) قال المزني وقال الشافعي
ومالك وأحمد لا يجوز بيع اللحم بالحيوان لا بطريق الاعتبار ولا بغيره (وقال محمد «رح»
إذا باعه) أي إذا باع اللحم (بلحم من جنسه لا يجوز) قيد به لأنه إذا باع اللحم بلحم
من غير جنسه كما إذا باع لحم البقر بلحم الشاة ، فإنه يجوز بالإجماع من غير اعتبار
القلة والكثرة .

(إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر) أي اللحم الخالص الصافي أكثر من اللحم الذي في
الشاة (ليكون اللحم) الذي هو المفرز (بمقابلة ما فيه) أي في الحيوان (من اللحم
والباقي بمقابلة السقط) بفتح السين والقاف ، وهو ما لا ينطلق عليه اسم اللحم كالجلد
والكرش والإمعاء والطحال (إذ لو لم يكن كذلك) أي وإن لم يكن اللحم المفرز أكثر
(يتحقق الربا من حيث زيادة السقط) هذا على تقدير أن يكون اللحم الخالص أقل (أو
من حيث زيادة اللحم ، وصار كالحل) بفتح الحاء المهملة وتشديد اللام ، وهو من السمسم
فلا يجوز بيعه (بالسمسم) بالاتفاق إذا كان الحل أكثر من الدهن الذي في السمسم .

(ولهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف «رح» (أنه) أي أن البائع (باع الموزون)
وهو اللحم (بماليس بموزون) وهو الشاة ، فصح كبيع السيف بالحديد (لأن الحيوان لا
يوزن عادة) لأن الموزون حقيقة ما يمكن معرفة مقدار ثقله بالوزن ، وهذا لا يتحقق في
لحم الشاة الحية ، وهو معنى قوله (ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن ، لأنه) أي لأن الحيوان

يخفف نفسه مرة ، ويثقل أخرى ، بخلاف تلك المسألة ، لأن الوزن في الحال يعرف قدر الرهن إذا ميز بينه وبين الشجير ويوزن الشجير . قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة « رح » . وقال لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه أو ينقص إذا جف فقيل نعم ، فقال عليه السلام لا إذا .

(يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى) باختصاصه بضرب قوة فيه ، فلا يدري أن الشاة خففت نفسها أو أثقلت .

(بخلاف تلك المسألة) أشار به إلى مسألة الحل بالسمسم (لأن الوزن في الحال يعرف قدر الرهن إذا ميز بينه وبين الشجير) بفتح التاء المثلثة وكسر الجيم وسكون الياء آخر الحروف وبالألف ، وهو تفل كل ما يعصر ، كذا في الجمل (ويوزن الشجير) فيقع التمييز بينه وبين الدهن .

(قال) أي القدوري في مختصره (ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة) تفرد به أبو حنيفة بالقول بالجواز ، لأن الباقيين من أهل العلم لا يجوزون ، وفيهم أبو يوسف ومحمد ، وأشار إليه بقوله (وقال لا يجوز) وأجمعوا على أن بيع الرطب بالتمر متفاضلاً لا يجوز (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ (حين سئل عنه) أي عن بيع الرطب بالتمر (أو ينقص إذا جف ، فقيل نعم ، فقال عليه الصلاة والسلام لا إذا) هذا رواه مالك في الموطأ والأئمة الأربعة في سننهم عن زيد بن أبي عياش عن سعد ابن أبي وقاص رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن اشتراء التمر بالرطب ، فقال رسول الله ﷺ ينقص الرطب إذا يبس ، فقالوا نعم ، فنهاه رسول الله ﷺ عن ذلك .

فإن قلت قال الخطابي « رح » وقد تكلم بعض الناس إسناد هذا الحديث ، وقال زيد أبو عياش « رح » مجهول . قلت ليس كذلك ، فإن أبا عياش هذا مولى لبني زهرة معروف ، وقد ذكره مالك « رح » في الموطأ . وأخرج حديثه مع شدة تحزبه في الرجال ونقصه

وله أن الرطب تمر لقوله عليه السلام حين أهدي إليه رطباً أو كل تمر
خير ، هكذا سماه تماً ، وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ، ولأنه
لو كان تماً جاز البيع بأول الحديث . وإن كان غير تمر فبآخره ،
وقوله عليه السلام وإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ،

وتتبعه لأحوالهم ، ولما أخرجه الترمذي قال حديث حسن صحيح ، ورواه أحمد في مسنده
وابن حبان « رح » في صحيحه والحاكم في مستدركه ، ولفظهم أن النبي ﷺ سئل عن
بيع الرطب بالتمر ، فقال أينقص الرطب إذا جف ، قيل نعم ، قال فلا إذن . وقال
الحاكم هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس ، وأنه محكم لكل
ما يريدونه .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي
ﷺ (حين أهدي إليه رطباً أو كل تمر خير ، هكذا سماه تماً) أي سمى للنبي ﷺ
الرطب تماً ، قلت هذا الحديث رواه البخاري عن أبي هريرة وإبي سعيد الخدري رضي
الله عنهما في أربعة مواضع من صحيحه وليس فيها ذكر الرطب ، لأن لفظه أن النبي ﷺ
بعث أخا بني عدي الأنصاري فاستعمله على خير فقدم بتمر خير فقال رسول الله ﷺ اكل
تمر خير هكذا ، قال لا والله يارسول الله ... الحديث ، ولأجل ذلك قال الأتزازي حين
ذكر الحديث على ما في الكتاب فيه نظر ، لأن الهدية كانت تماً ، والسفناقي والكاكي
والاكمل « رح » لم يحرروا ، هذا الذي نقلوه مثل ما في الكتاب ، والآفة في ذلك عدم
مراجعتهم إلى كتب الحديث .

(وبيع التمر بمثله جائز لما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثل
بمثل ، وقد مضى في حديث عبادة بن الصامت « رح » وغيره (ولأنه) أي لأن الرطب
(لو كان تماً جاز البيع بأول الحديث) يعني الحديث الذي مضى ، فإن في أوله التمر
بالتمر (وإن كان) أي الرطب (غير تمر فبآخره) أي فبآخر الحديث (وهو قوله عليه الصلاة
والسلام) أي قول النبي ﷺ (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم) قد ذكرنا في

ومدار ما روياه على زيد بن عياش «رح» وهو ضعيف عند النقلة .

أوائل البيوع أن هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، ولكن روى مسلم والأربعة حديث عبادة بن الصامت «رض» ، وفي آخره وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد .

(ومدار ما روياه) هذا جواب من جهة أبي حنيفة «رح» عن الحديث الذي احتجابه ، وهو حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه المذكور ، أي مدار ما رواه أبي يوسف ومحمد «رح» من حديث سعد (على زيد بن عياش «رح» وهو ضعيف عند النقلة) أي نقلة الحديث ، وهذا ليس بصحيح ، بل هو ثقة عند النقلة ومضى الكلام فيه عن قريب وقال الأتزازي ونقلوا الضعيف عن أبي حنيفة «رح» ، ولكن لم يصح ضعفه في كتب الحديث ، فمن ادعى فعلية البيان ، وقال الكاكي «رح» ، وفي المبسوط دخل أبو حنيفة بغداد فسل عن هذه المسألة وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر ، فقال الرطب لا يخلو إما أن يكون تمرأ أو لا إلى آخره ، فأوردوا عليه حديث سعد «رح» ، فقال مداره على زيد ابن عياش ، وهو ممن لا يقبل حديثه ، واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن ، حتى قال ابن المبارك «رح» كيف يقال أبو حنيفة «رح» لا يعرف الحديث ، وهو يقول زيد ابن عياش ممن لا يقبل حديثه .

وقال الأكلر رحمه الله سلمنا فوقه في الحديث يعني قوة زيد بن عياش ، لكنه خبر واحد لا يمارهن به المشهور ، ثم قال واعترض بأن التردد المذكور يقتضي أن يسع المقلية بغير المقلية جائز ، لأن المقلية إما أن تكون حنطة فيجوز بأول الحديث أولاً تكون ، فيجوز بأجره فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناط ولدفع حجة بخصم ، والحجة لا تتم ، بل بينا من إطلاق اسم التمر عليه ، فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حيث تتعقد صورتها إلى أن يدرك ، والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره .

وقال الأتزازي «رح» قوله ومدار ما روياه على زيد بن عياش والمذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش قلت وهم فيه وظن أن ذكر المصنف بأنه ابن عياش غير صحيح وليس كذلك ، بل هو ابن عياش «رح» ، وكنيته أبو عياش ، وكذلك وهم فيه الشيخ علاء

قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه فيه ما بيناه
وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية . والرطب
بالرطب يجوز متائلاً كيلاً عندنا ، لأنه بيع التمر بالتمر ،

الدين التركماني «رح» هكذا . وقال صاحب التنقيح زيد بن عياش أبو عياش الزرقى ،
ويقال المخزومي ، ويقال مولى بنى زهرة المدني ليس به بابنهم .

(وقال وكذلك بيع الزبيب بالعنب) أي كذا الحكم في بيع الزبيب بالعنب وأكثر
النسخ ، وكذلك العنب بالزبيب (يعني على هذا الخلاف) فعند أبي حنيفة «رح» يجوز
إذا تساوى كيلاً ، وعندهما لا يجوز تساوي أو تفاضلاً كما قالوا في الرطب بالتمر (والوجه
فيه) أي في بيع العنب بالزبيب (ما بيناه) في بيع الرطب بالتمر ، وهو أن الزبيب مع
العنب إن كان جنساً واحداً جاز بيع أحدهما بالآخر متائلاً كيلاً ، وإن كانا جنسين جاز
أيضاً لقوله عليه الصلاة والسلام . وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن
يكون يبدأ بيد .

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية) هذه الرواية تعوي قول
من قال الحجة إنما قسم بإطلاق اسم التمر عليه ، فإن النص لما أورد بإطلاق التمر على
الرطب جملاً نوعاً واحداً فجاز البيع مثلاً بمثل ، ولم يرد بإطلاق اسم العنب على الزبيب
فاعتبر فيه التفاوت الصنفي المفسد ، كما في المقلية بغيرها .

(والرطب بالرطب) أي بيع الرطب بالرطب (يجوز متائلاً كيلاً) أي من حيث
الكيل (عندنا) وبه قال مالك وأحمد والمزني ، وفي حلية المؤمن وهو الاختيار (لأنه بيع
التمر بالتمر) وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز ، وكذا الخلاق في بيع العنب بالعنب ،
وكذا في كل ثمرة عنه لها حالة جفاف كالتين والشمش والخوخ والكمثرى والرمان والحامض
والإجاص لا يجوز بيع رطبه برطبه ، كما لا يجوز بيع رطبه بيباسه ، لأنه لا يعرف قدر
النقصان بينهما . وقد يكون الناقص من أحدهما أكثر من الآخر ، كذا في شرح جامع
الوجيز ، وكذا لا يجوز عنده بيع الباقل الأخضر بمثله .

وكذا بيع الحنطة الرطبة والمبلولة بمثلها أو اليابسة أو التمر
أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما متائلاً عند أبي حنيفة «رح» وأبي
يوسف «رح». وقال محمد «رح» لا يجوز جميع ذلك ، لأنه يعتبر
المساواة في أعدل الأحوال وهو المال .

(وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو اليابسة) أي أو بيع الحنطة الرطبة اليابسة
(أو التمر) أي أو بيع التمر (أو الزبيب) أي أو بيع الزبيب (منقع) بضم الميم
وسكون النون وفتح القاف من أنقع الزبيب إذا ألقى في الحابية ليبتل ويخرج منه الحلاوة .
قال الأتزازي كذا قالوا بفتح القاف مخففاً ، ولكن المشهور بين الفقهاء منقع بالتشديد
وعليه بيت المنظومة في باب محمد «رح» . قلت الأصل اثبات التشديد في اللغة ، ولم يثبت
إلا من باب الأفعال ، فقال الجوهري ونقمت الدواء وغيره في الماء فهو منقع ونقع لما ينقع
نقوعاً اجتمع . وقال ابن الأثير وفي حديث الكريم يتخذونه زبيب فينقعونه ، أي
يخلطونه بالماء ليصير شرباً ، وكل ما ألقى في ماء فقد أنقع ، يقال انقمت الدواء وغيره
في الماء منقع والنقوع بالفتح ما ينقع في الماء من الليل ليشرب نهاراً وبالعكس . والنقع
شراب يتخذ من زبيب أو غيره ينقع في الماء من غير طبخ (بالمنقع) أي بالزبيب والتمر
المنقع وغير المنقع ، أي وبيع غير المنقع (منها متائلاً) أي من التمر والزبيب (عند أبي
حنيفة وأبي يوسف «رح») .

(وقال محمد «رح» لا يجوز في جميع ذلك) وبه قال الشافعي رحمه الله وقال الإمام
الحلواني أن الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما لا يجوز إذا
ابتلت الحنطة وانتفخت ، أما إذا لم تنتفخ بعد ذلك ، لكن ثبت من ساعته يجوز إذا
تساويا كيلاً ، كذا في المحيط والذخيرة . وفي المبسوط وذكر في بعض النسخ أبي حفص
قوله أبي يوسف «رح» كقول أبي حنيفة «رح» ، وهو قوله الأخير أما قوله الأول كقول محمد (لأنه)
أي لأن محمداً (يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المال) وهو حالة الجفاف كما ذهب
إليه في بيع الرطب بالتمر بحديث سعد ، إلا أن بيع الرطب بالرطب اعتبر المساواة
في الحال .

وأبو حنيفة «رح» يعتبر في الحال ، وكذا أبو يوسف «رح» عملاً
بإطلاق الحديث ، إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر
لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب
أن التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه
العقد ، وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك ، فيكون
تفاوتاً في عين المعقود عليه ، وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال
ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه ، فلا يعتبر .

(وأبو حنيفة يعتبر) أي يعتبر أعدل الأحوال (في الحال) عملاً بإطلاق الحديث المشهور، وهو
الحديث الذي اعتبر فيه المائلة حالة المبيع ، وهو حديث عبادة وغيره (وكذا أبو يوسف)
أي وكذا يعتبر أبو يوسف أعدل الأحوال في الحال (عملاً بإطلاق الحديث) يرجع إلى
قول أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» جميعاً (إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر
لما روينا لهما) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» من بيان دليلها ، وأراد به قوله عليه الصلاة
والسلام أينقص إذا جف إلى آخر الحديث ، وهو حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه
فبقي الباقي على القياس والخصوص من القياس بالأثر لا يلحق به إلا ما كان في معناه والحنطة
الرطبة ليس في معنى الرطب من كل وجه ، فالرطوبة في الرطوبة مقصودة ، وفي الحنطة
غير مقصود ، بل هو عيب ، فلهذا أخذ بالقياس .

(ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) أراد بها بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة ... إلى
آخره (وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيها) أي في هذه الفصول (يظهر) في المال
(مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد) أراد به بقاء اسم الحنطة والزبيب
والتمر بعد الجفاف ، فوجد التعبير في المعقود عليه فلا يجوز (وفي الرطب بالتمر مع بقاء
أحدهما) أي أحد البدلين (على ذلك) أي على اسم التمر (فيكون تفاوتاً في عين المعقود
عليه) فيكون مفسداً للعقد (وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم) أي
اسم الرطب على البدلين (فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر) فيصح للعقد .

ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز ، لأن البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر إثنان بواحد ، لأنه ليس بتمر ، فإن هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لا قبله ، والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة . قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسهم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسهم ، فيكون

(ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً) ومتماثلاً (لايجوز لأن البسر تمر) لأن التمر اسم لثمرة النخل من أول ما ينعقد ، صورتها وبمعناه متساوياً من حيث الكيل يبدأ بيد جاز بالإجماع (بخلاف الكفرى ، حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر إثنان بواحد) أي الكيلان من التمر بكيل من الكفرى وبالعكس يبدأ بيد . الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصور ، وهو اسم نوع من الطلع . وفي المغرب هو كم النخل أول ما يشق (لأنه) أي لأن الكفرى (ليس بتمر ، فإن هذا الاسم له) أي التمر (من أول ما ينعقد صورته) يعني التمر اسم لما يخرج من النخل من حين ينعقد صورته إلى أن يدرك (لا قبله) أي لا قبل الكفرى ، لأنه يسبق ، واشتقاقه من الكفر وهو الستر ، سمي به لأنه يستر ما في جوفه من التمر ، ويسمى كافرأ وكفرأ أيضاً .

(والكفرى عددي متفاوت) فهذا جواب إشكال يرد على قوله أنه ليس بتمر فإنه إذا لم يكن تمرأ ينبغي أن يجوز اسلام التمر في الكفرى . فأجاب بقوله والكفرى عددي متفاوت في الصغر والكبر ، فلا يجوز ثم أوضح ذلك بقوله (حتى لو باع التمر به) أي الكفرى (نسيئة) أي إلى أجل (لايجوز للجهالة) لتفاوت آحاده ، لأنه عددي متفاوت . (قال) أي القدوري في مختصره (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسهم) وبيع السهم (بالشيرج حتى يكون الزيت) في بيع الزيتون به (والشيرج) أي ويكون الشيرج في بيع السهم به (أكثر مما يكون في الزيتون) في بيعه بالزيت (والسهم) في بيعه بالشيرج (فيكون الدهن بمثله) أي بمثل الدهن ، بيانه أن الدهن الخالص إذا

الدهن بمثله والزيادة بالشجير ، لأن عند ذلك يعرى عن الربا إذ ما فيه
من الدهن موزون ، وهذا لأن ما فيه لو كان أكثر ومساوياً له ،

كان أكثره من الدهن الخالص بمقابلة الشجير ، وهو النقل (والزيادة بالشجير ، لأن عند
ذلك) أي عند مقابلة الدهن بالدهن ، ومقابلة الزائد بالشجير (يعرى) أي العقد (عن
الربا إذ ما فيه من الدهن موزون) .

قال تاج الشريعة فلما قلت ينبغي أن يجوز بيع الدهن بالسهم كيفما كان ، لأن
السهم كيلى ، والدهن وزنى ، قلت السهم اشتمل على الدهن وهو المقصود منه ، وأنه
وزنى ، والتميز ممكن ، فاعتبر الدهن الذي فيه احتياطاً .

فإن قلت لما كان المقصود هو الدهن ينبغي أن يجوز بيع السهم بالسهم متفاضلاً ،
وينصرف الكثير إلى الدهن تصحيحاً للعقد . قلت السهم له صورة يقصد إليها ، ومعنى
وهو الدهن ، فإذا بيع بجنسه تعتبر الصورة فوجب التسوية إذا بيع بالدهن يعتبر المعنى ،
فيجب التسوية بين الدهن المقر فيه ، وبين الذي في السهم عملاً بالشبهين . وفي فتاوى
قاضي خان إنما يشترط أن يكون الخالص أكثر من التفل في البذل الآخر شيء له قيمته ،
أما إذا كان شيء لا قيمة له كما في الزبد يجوز بالمثل يروى ذلك عن أبي حنيفة « رح » .

وقال زفر يجوز الزيتون بالزيت والسهم بالشيرج مع الجهالة بأنه أكثر منه أو أقل
متساوياً . وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسهم بالشيرج
أصلاً ، وكذا لا يجوز عنده بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر
بدبسه .

وفي الكافي اعلم ان بيع أحدهما بالآخر على أربعة أوجه ، ان علم أن الزيت الذي
في الزيتون أكثر من الزيت المنفصل لم يصح لتحقيق الفضل الخالي عن العوض من حيث
زيادة الدهن والشجير ، وكذا إن علم أنه مثله ، لأن التفل المسيل يكون فضلاً ، وإن
كان الزيت المنفصل أكثر جاز ، والفضل بالتفل ، وهذه الثلاثة بالإجماع . وإن لم يعلم أنه
مثله أو أكثر منه أو أقل منه صح عند زفر ، وعندنا لا يصح .

(وهذا) إيضاح لبيان ما قبله (لأن ما فيه) أي في الموزون (لو كان أكثر أو مساوياً

فالتجير وبعض الدهن أو التجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا ، والشبهة فيه كالحقيقة ، والجواز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار .
واختلفوا في القطن بغزله

له ، فالتجير وبعض الدهن (يعني إذا كان بعض ما فيه أكثر (أو التجير وحده) أي ولو كان ما فيه مساوياً ، وقوله (فضل) خبر قوله فالتجير ، فإذا كانت فضلاً يكون خالياً عن العوض .

(ولو لم يعلم مقدار ما فيه) أي ما في الموزون (ولم يجز ^(١) لاحتمال الربا) لتوهم الفضل الذي كالتحقق في هذا الباب ، وهو معنى قوله (والشبهة فيه كالحقيقة) للإحتياط (والجواز بدهنه) كلام إضافي مبتدأ ، وقوله (واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه) معطوفات على المبتدأ . وقوله (على هذا الاعتبار) خبره ، يعني أن الدهن الخالص ينبغي أن يكون أكثر ، حتى يجوز بيانه إذا كان الدهن الخالص أكثر من الدهن الذي في الجوز والسمن الخالص أكثر مما في اللبن والعصير الخالص أكثر مما في العنب والدبس الخالص أكثر مما في التمر جاز ، وإلا فلا

(واختلفوا) أي المشايخ « رح » (في القطن بغزله) أي في بيع القطن بغزل القطن متساوياً وزناً . قال بعضهم يجوز ، لأن أصلها واحد ، وكلاهما موزون . وقال بعضهم لا يجوز ، وإليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى ، لأن القطن ينقص إذا غزل ، فصار كالحنطة مع الدقيق . واتفقوا في بيع القطن بالقطن أنه جائز ، وبيع المحلوج بالقطن إذا كان يعلم أن الخالص أكثر جاز وإلا فلا . وفي الإيضاح والذخيرة بيع غزل القطن بالقطن لا يجوز متساوياً . وفي فتاوى قاضي خان لا يجوز إلامتساوياً ، ولو خرجا أو أحدهما من الموزون فلا بأس ببيعهما متفاضلاً ، وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال . وعن محمد « رح » ، بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلاً ، وعندنا لا يجوز مطلقاً . وفي جمع العلوم بيع الجوزقة

(١) لايجوز - هامش .

والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالإجماع . قال ويجوز بيع
اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً ، ومراده لحم الإبل والبقر
والغنم ، فأما البقر والجواميس جنس واحد ، وكذا المعز مع الضأن ،
وكذا العراب مع النجاتي . قال وكذلك ألبان البقر والغنم . وعن
الشافعي « رح » لا يجوز لأنها جنس واحد لاتحاد المقصود .

بالغزل جائز كيفما كان على الأصح ، وقيل إنما يجوز بالاعتبار .
(والكرباس) أي وبيع الكرباس (بالقطن كيفما كان) يعني متساوياً أو غير متساو
(يجوز بالإجماع) لاختلافهما من كل وجه ، لأن الكرباس بالصنعة صار شيئاً آخر .
(قال) أي القدوري « رح » (ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً)
وعن الشافعي رضي الله عنه لا يجوز بيع اللحوم المختلفة متفاضلاً . وفي الوجيز وفي لحوم
الحيوانات قولان ، أصحهما أنها مختلفة (ومراده) أي مراد القدوري من قوله (لحم الإبل
والبقر والغنم ، فأما البقر والجواميس فجنس واحد ، وكذا المعز مع الضأن ، وكذا
العراب مع النجاتي) يعني جنس واحد . وقال الجوهري الإبل العراب والحيل العراب
خلاف النجاتي والبرادين . وفي المغرب يقال فرس عربي وخيل عراب وفرقه في الجمع بين
الأناسي والنجاتي والبهاثم جمع نجتي منسوب إلى نجت نصر ، لأنه أول من جمعه بين العربي
والمجمي . وقال الجوهري النجت من الإبل معرب ، وبعضهم يقول هو عربي الواحد
نجتي ، والأنثى نجتية ، وجمعه نجاتي غير مصروف لأنه بزنة جمع الجمع ولك أن
تخفف الياء .

(قال) أي القدوري (وكذلك ألبان الإبل والبقر والغنم) يعني يصح بيع بعضها
بالبعض متفاضلاً (وعن الشافعي رضي الله عنه لا يجوز لأنها) أي اللحمان والألبان
(جنس واحد لاتحاد المقصود) أي من اللحم ، وهو التقذي والتقوي واثتلاف المقاصد
بعد ذلك يرجع إلى الوصف . وفي كتبهم اللحمان احتباس ، وهو ظاهر المذهب ، وهو
اختيار المزني انتهى وقال مالك اللحوم ثلاثة أجناس ، الطيور والدواب أهلها ووحشها

ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في
الزكاة ، فكذا جزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة . قال وكذا خل الدقل

والجريات وبه قال أحمد « رح » في إحدى روايته كقول الشافعي رضي الله عنه ، وفي
رواية كقولنا .

وفي شرح الطحاوي « رح » ولو باع لحوم الشاة بشحمها أو بإليتها ولحمها بصوفها
يجوز ذلك كيفما كان ، ولا يجوز نسيئة ، لأن الوزن يجمعهما . وأما صوف الشاة مع
شعر البقر جنسان يختلفان ، ولو باع بعضها ببعض متفاضلاً يجوز ، ولا يجوز نسيئة ،
لأن الوزن يجمعهما ، وأما الرؤوس والأكارع والجلود يجوز يبدأ بيد كيفما كان ، ولا يجوز
نسيئة لأنه لم يضبط بالوصف . ولو باع لحم الإبل بلحم الغنم أو بلحم البقر أو لبنها بلبن الغنم أو لبن
البقر يجوز كيفما كان ، ولا يجوز نسيئة ، لأن الوزن يجمعهما . وفي الإيضاح روي عن
أبي يوسف أنه يجوز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلاً ، وإن كان من نوع واحد لأنه
لا يوزن في العادة .

(ولنا أن الأصول) أي أصول اللحمان (مختلفة) فكانت فروعها أجناساً ، والدليل
على أن أصولها مختلفة . قوله (حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة) يعني
لا تكمل نصاب البقر بالإبل وبالغنم (فكذا جزاؤها) أي أجزاء الأصول (إذا لم تتبدل
بالصنعة) فإذا تبدلت تصير جنسين بسبب تبدلها بالصنعة وإن كان أصلهما واحداً
كالذئب نجسي مع الودراي والهروي مع المروي ، قال الأكل فيه نظر ، لأن كلامه في اختلاف
الأصول لا في اتحادها ، فكأنه يقول اختلاف الأصول يوجب اختلاف الأجزاء إذا لم
يتبدل بالصنعة ، وأما إذا تبدلت فلا توجب ، وإنما توجب الاتحاد ، فإن الصنعة كما
تؤثر في تغيير الأجناس مع اتحاد الأصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الأصل وهو
القطن ، كذلك يؤثر في اتحادها مع اختلاف الأصل كالدرهم المشوشة المختلفة الفس مثل
الحديد والرصاص إذا كانت الفضة غالبية ، فإنها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف
الأصول .

(قال) أي القدوري « رح » (وكذا خل الدقل بخل الغنم) يعني يجوز بيع

بخل الغنبل للاختلاف بين أصليلها ، فكذا بين مائيلها ، ولهذا كان
عصيراهما جنسين . وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف
المقاصد . قال وكذا شحم البطن بالإلية أو باللحم ، لأنها أجناس
مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً .

أحدهما بالآخر متفاضلاً بدأ بيد ، والدقل بالفتحتين دار التمر (للاختلاف بين أصليلها)
لأن الدقل غير الغنبل (فكذا بين مائيلها) أى فكذا الاختلاف بين مائيلها (ولهذا)
أى ولأجل الاختلاف بين مائيلها (كان عصيرهما جنسين) بإجماع الأئمة الأربعة .

فإن قلت لم خص خل الدقل والحلم في خل كل تمر كذلك . قلت إجراء الكلام مجرى
العادة لأنهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل .

(وشعر المعز وصوف الغنم جنسان ، لاختلاف المقاصد) فإن الحبال الصلبة والمسوح
إنما تتخذ من شعر المعز أو اللقافة واللبد تتخذ من صوف الغنم .

فإن قلت الشاة والمعز جنس واحد ، ولهذا يملك نصاب أحدهما بالآخر ، فينبغي أن
تكون أجزاءهما كذلك . قلت لما اختلفت المقاصد في الأجزاء جعلت مختلفة كإلية الشاة
مع لحمها ، ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح الآخر ، كما ذكرنا (وكذا شحم البطن بالإلية)
يعني يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً (أو باللحم) أى أو شحم البطن باللحم
فكذلك يجوز (لأنها) أى لأن الشحم والإلية واللحم (أجناس مختلفة لاختلاف الصور)
جمع صورة ، واختلافها ، ظاهر ، لأن الصور ما يحصل منه في الذهن عند تصويره ، ولا
شك في ذلك عند تصور هذه الأشياء (والمعاني) أى واختلاف المعاني ، فلأن حقيقة كل
واحد من هذه الأشياء تخالف حقيقة الآخر ، ولهذا يقع على أحدهما اسم الشحم ، وعلى
الآخر اسم الإلية ، وعلى الآخر اسم اللحم (والمنافع اختلافاً فاحشاً) أى واختلاف المنافع
اختلافاً فاحشاً بحسب اختلاف العوم والشعوم والإليات .

فقال الأكمل وأما اختلاف المنافع فمكانه الطب ، وهذا قصور في حق الطالب ، أما

قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً ، لأن الخبز صار
عددياً أو موزوناً ، فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه ، والحنطة
مكيلة . وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه ، والفتوى على الأول ،

الإلية فإنها حارة وطبة أكثر من الشحم تصلح لمن به برودة ويبوسة ، وتنفع العصب
الجاسي وردية الغذاء والهضم . وأما الشحم فمن ذكر الحيوانات اشد حرارة من شحم
الإناث ، وشحم الخصي أشد تسخيناً ، فالجمل في هذا أن أصناف شحوم الحيوانات إنما
تكون بحسب مزاجها ، وقوة كل شحم تسحق وترطب بدن الإنسان ، ولكن إضافته
قد تختلف في الزيادة والنقصان بحسب كل واحد من الحيوانات . وأما اللحم فإنه غذاء
يقوي البدن ، واللحوم الفاضلة في لحوم الضأن والثني من المعاجيل والماعز ، ولحوم الصغار
منها أقبل للهضم والطف غذاء . ولحوم الهرم والعجف روي ، ولحم الأسود أخف والذئب ،
وكذا لحم الذكر ، وفي اللحم كلام كثير موضعه كتب الطب .

(قال) أي القدوري (ويجوز بيع الخبز بالحنطة ، والدقيق متفاضلاً) يعني إذا
كان يدأ بيد (لأن الخبز صار عددياً أو موزوناً ، فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه)
بواسطة الصنعة (والحنطة مكيلة) بالنص ، وكذا الدقيق باعتبار أنه جزء الحنطة المكيلة ،
ومن جعله وزنياً باعتبار العرف لم يثبت الجنسية بينه وبين الخبز فلم يجمعها القدر من كل
وجه ، فلم تتحقق علة الربا ، وهو وجود الوصفين .

(وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه) أي في بيع الخبز بالحنطة والدقيق ، يعني لا يجوز ،
وهو نفى الجواز على وجه المبالغة لكونه نفى الجنس ، وهو قول الشافعي وأحمد رضي
الله عنهما . وقال المصنف « رح » (والفتوى على الأول) يعني على جواز بيع الخبز
بالحنطة والدقيق ، وهو اختيار المتأخرين ، وذكر في النوادر عن أبي بكر أن بيع الحنطة
بالخبز لا يجوز لامتفاضلاً ولا متساوياً .

وقال أبو الليث هذا الجواب موافق قول أبي حنيفة خاصة بالحنطة بالدقيق . وفي فتاوى
قاضي خان بيع الخبز بالخبز متفاضلاً عدداً أو وزناً جائز في قول أبي يوسف ومحمد « رح » ،

وهذا إذا كانا نقدين ، فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضاً ، وإن كان
الحب نسيئة يجوز عند أبي يوسف ، وعليه الفتوى . وكذا السلم في
الحب جائز في الصحيح ، ولا خير في استقراضه عدداً أو وزناً عند
أبي حنيفة « رح » ، لأنه يتفاوت بالحب والحجاز

يدأبىد ولاخير فيه نسيئة عند أبي حنيفة « رح » ، إذ الحب ليس بوزني ولا عددي عنده .
وقال محمد هو عددي . وقال أبو يوسف هو وزني إلا أن يكون قليلاً لا يدخل تحت
الوزن ، فيجوز الواحد بالاثني وإن كان كثيراً لايجوز . وقال الشافعي رضي الله عنه
لايجوز بيع الحب بالحب إذا كانا رطبين أو أحدهما . وقال أحمد يجوز متماثلاً إذا كانا
رطبين ، ولو كانا يابسين غير مدقوقين ففيه قولان ، أحدهما يجوز والآخر لايجوز . ولو
كانا يابسين غير مدقوقين لايجوز لجهالة التماثل ، كما لو كانا رطبين أو أحدهما .

(وهذا) أى جواز بيع الحب بالحنطة أو بالدقيق (إذا كانا نقدين ، فإن كانت نسيئة
جاز أيضاً ، وإن كان الحب نسيئة يجوز عند أبي يوسف وعليه الفتوى) أى على قول
أبي يوسف لايجوز السلم في الحب فيجوز عنده كيفما كان . وذكر خواهرزادة « رح » ،
يجب أن يفتى على قول أبي يوسف « رح » ، لا محالة (وكذا السلم في الحب جائز في
الصحيح) وهو قول أبي يوسف « رح » ، واحترز به عن قولهما كذا قاله الأثراني .
وقال الكاكي احترز به بقوله في الصحيح عن ما روي عن أبي حنيفة أنه لايجوز وفي
المبسوط وأما السلم في الحب فلايجوز عند أبي حنيفة ولا يحفظ عنها خلاف ذلك . ومن
أصحابنا من يقول يجوز عندهما على قياس السلم في اللحم ، ومنهم من يقول لايجوز لأنه
لا يوقف على حدة مضياً ، وأنه يتفاوت بالمعز والنضج عند الحبز .

(ولاخير في استقراضه عدداً) أى لايجوز استقراض الحب من حيث العدد (أو
وزناً) أى أو استقراضه من حيث الوزن (عند أبي حنيفة « رح » ، لأنه) أى لأن الحبز
بالضم (يتفاوت بالحبز) بالفتح من حيث الطول والعرض والغلط والركة (والحجاز) أى
ويتفاوت أيضاً بالحجاز ، لأن الحجاز إذا كان حاذقاً في هذا الباب يجيئ خبزه أحسن ما

والتنور والتقدم والتأخر . وعند محمد « رح » يجوز بهما
للتعامل . وعند أبي يوسف « رح » يجوز وزناً ، ولا يجوز
عدداً لتفاوت آحاده .

يكون ، وإلا فلا يجيء كما هو المطلوب (والتنور) أي ويتفاوت أيضاً بالتنور ،
لأنه إذا كان جديداً يجيء خبزاً جيداً ، بخلاف ما إذا كان عتيقاً ، كذا قاله الشراح .
قلت بحسب قوة نار التنور وضعفها ، فإن التنور إذا كانت ناره قوية يحترق وجه الخبز ولا
ينضج لبابه . وإذا كانت ضعيفة لا يتخبز جيداً ، بل ينبغي أن تكون النار معتدلة
(والتقدم والتأخر) أي ويتفاوت أيضاً بحسب تقدم الخبز في أول التنور وتأخره إلى
آخر التنور ، فإن في آخر التنور النار قوية يحترق الخبز بذلك ، وفي أوله لا ينضج كما
ينبغي ، والخبز إذا كان حاذقاً يدرى كيف يرفض الخبز فيه .

(وعند محمد يجوز بهما) أي العدد والوزن (للتعامل) أي لتعامل الناس كذلك ،
وكذا ذكر قول محمد في شرح الطحاوي ، والمختلف والمصر وخلاصة الفتاوى ، وذكر
الولوالجي وصاحب الفتاوى الصغرى أنه يجوز عند محمد « رح » عدداً ولم يذكر الوزن ،
وإن كان لا يجوز السلم فيه عنده لا وزناً ولا عدداً قال الولوالجي وكان محمداً ترك القياس
في جواز استقراضه عدداً لتعارف الناس كما ترك القياس بالعرف في جواز الاستصناع .

(وعند أبي يوسف « رح » يجوز) أي استقراض الخبز (وزناً) أي من حيث الوزن
(ولا يجوز عدداً) أي من حيث العدد (للتفاوت في آحاده) أي لأجل التفاوت في أفراد
الخبز ، فلا يتحقق التساوي فيه وعليه الفتوى . وفي المجتبى باع رغيف نقداً برغيفين
نسبته يجوز ، ولو كان الرغيفان نقداً والرغيف نسبته لا يجوز . ولو باع كسرات الخبز
يجوز نقداً ونسبته كيفما كان عند صاحبه . وللشافعي رضي الله عنه في الاستقراض
وجهان كما في السلم ، أحدهما لا يجوز كما قال أبو حنيفة وهو الأصح عند صاحب التقریب
والثاني يجوز وبه قال أحمد وهو اختيار ابن الصباغ لحاجة العامة وإطباق الناس عليه وعلى
قول يجوز استقراضه ، ويجب رد مثله وزناً فيجب أن يكون القرض معلوم القدر ،
كذا في شرح الوجيز .

قال ولا ربا بين المولى وعبيده لأن العبد وما في يده ملك لمولاه ،
 فلا يتحقق الربا ، وهذا إذا كان مأذوناً له ولم يكن عليه دين ،
 وإن كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق ، لأن ما في يده ليس
 ملك المولى عند أبي حنيفة «رح» ، وعندهما تعلق به حق
 الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه
 قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافاً لأبي يوسف
 «رح» والشافعي «رح» . لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا .
 ولنا قوله عليه السلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ،

(قال) أى القدوري في مختصره (ولا ربا بين المولى وعبيده ، لأن العبد وما في يده ملك لمولاه ،
 فلا يتحقق الربا وهذا) أى عدم كون الربا بين المولى وعبيده (إذا كان) أى العبد
 (مأذوناً له) في التجارة (ولم يكن عليه دين ، أما إذا كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق ،
 لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة «رح» ، وعندهما تعلق به) أى بما في العبد
 (حق الغرماء فصار) أى العبد (كالأجنبي) من مولاه (فيتحقق الربا كما يتحقق) أى
 الربا (بينه) أى بين المولى (وبين مكاتبه) لأن المكاتب صار كالخريد أو تصرفاً في
 كسبه ، فيجري الربا بينه وبين مولاه ، كما يجري بينه وبين غيره .

(قال) أى للقدوري «رح» (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) أى ولا ربا
 أيضاً بين المسلم الذي دخل دار الحرب بأمان وباع درهماً بدرهمين ، وكذا إذا باع خيراً
 أو خبزيراً أو ميتة أو قامرماً وأخذ المال كل ذلك يحل له إذا كان في دار الحرب عند
 أبي حنيفة ومحمد (خلافاً لأبي يوسف والشافعي رضي الله عنهما) ومالك واحد .

(لهما) أى لأبي يوسف والشافعي (الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا) يضي المستأمن
 من أهل الحرب الذي دخل دارنا بأمان تجري الربا بينه وبين المسلم فكذلك يجري بينه
 وبين المسلم في دار الحرب قياساً عليه يجمع تحقق الفضل الحالي عن العوض المستحق
 بمقد البيع .

(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام) أى قول النبي ﷺ (لا ربا بين المسلم والحربي في

ولأن مالهم مباح في دارهم ، فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالا
مباحاً إذ لم يكن منه غدر ، بخلاف المستأمن منهم ، لأن ماله صار
محظوراً بعقد الأمان

دار الحرب) هذا حديث غريب ليس له أصل مسند ، وقال الكاكي ولنا الحديث
المذكور في المتن . وفي المبسوط عن مكحول عن النبي ﷺ أنه قال لاربا بين
المسلم .. الحديث ، وهذا الحديث وإن كان مرسلاً فمكحول ثقة والمرسل من مثله
مقبول . وقال الاكمل ولأبي حنيفة ومحمد « رح » ما روى مكحول ... إلى آخره ، ثم
قال ذكره محمد بن الحسن ، وذكره الأتزازي ، كذا ثم قال كذا في شرح أبي نصر . قلت
أسند البيهقي في المعرفة في كتاب السير عن الشافعي رضي الله عنه قال ، قال أبو يوسف
رحمه الله إنما قال أبو حنيفة رضي الله عنه هذا لأن بعض الشيعة ، حدثنا عن مكحول عن
رسول الله ﷺ أنه قال لاربا بين أهل الحرب ، أظنه قال وأهل الإسلام قال الشافعي
رضي الله عنه هذا ليس ثابت ولا حجة فيه ، انتهى .

قلت لا نسلم عدم ثبوته لأن جلالة قدر الإمام لا تقتضي أن يجعل لنفسه مذهباً من
غير دليل واضح ، وأما قوله ولا حجة فيه فبالنسبة إليه ، لأن مذهبه عدم العمل بالمرسلات
إلا مرسل سعيد بن المسيب والمرسل عندنا حجة على ما عرف في موضعه ، والله أعلم .
(ولأن مالهم) أى مال أهل الحرب (مباح في دارهم) لأنه غير معصوم ، بل هو
على أصل الإباحة (فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحاً إذ لم يكن فيه) أى في أخذه
(غدر) لأن الغدر حرام (بخلاف المستأمن منهم) هذا جواب عن قياس أبي يوسف والشافعي رضي
الله عنهما ، تقريره ما قاله بقوله (لأن ماله) أى من المستأمن (صار محظوراً) أى ممنوعاً
أخذه (بعقد الأمان) ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة ، وفي الحجى في الكناية مستناهنا
باشراً مسلماً أو ذمياً في دارهم أو من أسلم هناك شيئاً من المعقود التى لاتجوز فيما بيننا
كالربويات وبيع الميتة جاز عندهما خلافاً لأبي يوسف والأئمة الثلاثة ، والله أعلم
بالصواب .

باب الحقوق

ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل
حق هو له ، أو بمرافقة أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ، ومن
اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الأعلى .
ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو والكثيف

(باب الحقوق)

أى هذا باب في بيان أحكام الحقوق ، وهو جمع حق ، وهو ما يستحقه الرجل ، وله
معان أخرى ، منها الحق ضد الباطل . وقال بعض الشراح كان من حق مسائل هذا الباب
أن يذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيوع ، إلا أن المصنف التزم ترتيب الجامع
الصغير ، وهناك هكذا وقع ، فكذا هنا وقبل الحقوق توابع فيليق ، ذكرها بعد
مسائل البيوع .

(ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الأعلى) أى لا يدخل في بيعه المنزل الأعلى (إلا
أن يشتريه بكل حق هو له) أى إلا أن يقول وقت شرائه المنزل اشتريته بكل حق هو له
(أو بمرافقة) أى أو يشتريه بمرافقة بأن يقول اشتريته بمرافقة . وفي العرب مرافق
الدار المتوضأ والمطبخ ونحوهما الواحد مرفق بكسر الميم الفاء الطاء لا غير (أو بكل
قليل وكثير هو فيه) أى أو إلا أن يشتريه بكل قليل وكثير هو فيه ، أى في المنزل
(أو منه) أى من المنزل ، وهنا ثلاثة أشياء المنزل والبيت والدار ، وفسر المصنف كلها
ليتبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج إلى تصريح ما يبدل على المرافق لدخولها
وعدمه ، فقال (ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الأعلى) أى
البيت الأعلى .

(ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو) الذي عليها (والكثيف) أى وله الكثيف

جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو ، لأنه اسم لما أدير عليه الحدود ، والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه ، والبيت اسم لما يبات فيه ، والعلو مثله ، والشئ لا يكون تبعاً لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه .

أيضاً ، وهو المستراح (جمع) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (بين اسم البيت والمنزل والدار فاسم الدار ينتظم العلو) يعني يشمله من غير نص باسمه الخاص ، ومن غير ذكر الحقوق (لأنه) أي لأن العلو (اسم لما أدير عليه الحدود والعلو من توابع الأصل وأجزائه) فلا يخرج عنها (فيدخل فيه) أي في الأصل . وفي شرح نظم الجامع الكبير الدار اسم في اللغة لقطعة أرض ضربت لها الحدود وميزت عما يجاورها بإدارة خط عليها فبين في بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصخر للاستراح ومنافع الأبنية للإسكان وغير ذلك ، ولا فرق فيما إذا كانت الأبنية بالماء أو التراب أو بالخيام والعناب .

(والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله) أي مثل البيت (والشئ لا يكون تبعاً لمثله) لأن تبع الشئ أدنى منه لا محالة لا مثله ، وبين نتيجة هذا بقوله (فلا يدخل فيه) أي يدخل العلو في شراء البيت (إلا بالتنصيص عليه) أي على اسم العلو بذكره وإلا لكان الشئ تابعاً لمثله وهو لا يجوز ولا يرد على هذا المستعير ، فإن له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعيلين ولا يرد المكاتب أيضاً فإن له أن يكاتب ، لأن المراد بالتبعية هاهنا أن يكون اللفظ الموضوع لشئ يتبعه ماهو مثله في الدخول تحت الدلالة ، لأنه ليس بلفظ عام يتناول الافراد ، إذ فرض المسألة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الإعادة والكتاب ذلك ، فإن لفظ المعير أعرتك لم يتناول عارية المستعير أصلاً لا تبعاً ولا أصالة ، وإنما ملك الإعارة لأنها تملك المنافع ، ومن ملك شيئاً جاز أن يملك لغيره ، وإنما لا يملك فيما يختلف المستعمل حذاء وقوع التغيير به ، والمكاتب لما اختص بمكاتبه كان أحق بتصرف ما يوصله إلى مقصوده في كتابة عبده بسبب إلى ما يوصله إلى ذلك فكانت جائزة .

والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب
قصور إذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه
تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه .
وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك ، لأن كل مسكن يسمى
بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو ،

(والمنزل بين الدار والبيت ، لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى) أي منافعها (مع ضرب
قصور) يعني لكن فيه قصور (إذ لا يكون) أي لأنه لا يكون (فيه منزل الدواب)
وما يجري مجرى ذلك (فلشبهه) أي فلشبهه المنزل (بالدار يدخل فيه العلو تبعاً عند
ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه) أي بدون ذكره ، لأن المنزل له منزلة
بين المنزلتين .

وقال السرخسي المنزل اسم لما يشتمل على بيوت ومطبخ وموضع قضاء الحاجة ،
ولكن لا يكون فيه صحن . وفي الفوائد المنزل اسم لبيتين أو ثلاثة ينزل فيه ليلاً أو
نهاراً ، والعلو وإن كان محلاً للنزول فيه فهو دون السفلى في احتمال السكنى ، لأن السفلى
يحتمل السكنى لنفسه ودوابه والعلو لا يحتمل السكنى للدواب ، فكان أصلاً من وجه
تبعاً من وجه ، فلو ذكر الحقوق يدخل ، وإلا فلا ، فيكون منزلته دون منزلة الدار فوق
منزلة البيت ، وهكذا ذكره في جامع قاضي خان .

(وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك) أي الدار والمنزل والبيت . وقال
الإمام الزاهد العتابي في شرح الجامع الصغير ، هذا يعني الذي ذكره أولاً في عرفهم وفي
عرفنا يدخل العلو من غير ذكر في الفصول كلها ، لأن في عرفنا الدار والمنزل والبيت كله
واحد . وقال المصنف (لأن كل بيت يسمى بالفارسية خانه) وفي بعض النسخ لأن كل
مسكن يسمى خانه (ولا يخلو عن علو) يعني في عرف بلاد المعجم يسمى كذلك ،
سواء كان المسكن صغيراً أو كبيراً ، ولفظ خانه بالخاء المعجمة وفتح النون وهو اسم
البيت بالمعجمي .

وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه
ولا تدخل الظلة إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة «رح» ، لأنه
مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه ، وعندهما إن كان مفتحه
في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا ، لأنه من توابعه
فشابه الكنيف . قال ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً أو مسكناً
لم يكن له الطريق

(وكما يدخل العلو في جميع ذلك يدخل الكنيف) وهو المستراح (لأنه من توابعها)
أي من توابع الدار . وفي بعض النسخ من توابعه . قال الكاكي أي من توابع الدار ، لأنه
يجوز فيه التذكير ، لأنه مؤنث حقيقي ، ولأن الدار اسم لما أدير عليه الحائط ،
والكنيف مما أدير عليه الحائط ، فيكون من الدار فيدخل تحت بيع الدار بلا
ذكر الحقوق .

(ولا تدخل الظلة) وهي الساباط الذي أحد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر
على دار أخرى أو على الاسطوانات في السكة ومفتحة في الدار ، كذا في الجامع الصغير
لقاضي خان . وفي المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي تكون فوق الباب (إلا
بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة) وهو قوله بكل حق هو له أو مرافقه أو بكل قليل
وكثير هو فيه (لأنه مبنى) أي لأن الظلة على تأويل الساباط (على هواء الطريق فأخذ
حكمه) أي حكم الطريق .

(وعندهما) أي وعند أبي يوسف ومحمد (إن كان مفتحه) أي مفتح الظلة (في
الدار يدخل) أي في البيع (من غير ذكر شيء مما ذكرنا) من المرافق والحقوق (لأنه)
أي لأن الظلة (من توابعه) أي من توابع الدار (فشابه الكنيف) حيث يدخل من غير
ذكر شيء من الحقوق والمرافق .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً) أي أو
اشترى منزلاً (أو مسكناً) أي أو اشترى مسكناً (لم يكن له) أي للمشتري (الطريق

إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير ،
وكذا الشرب والمسيل ، لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع
فيدخل بذكر التوابع ، بخلاف الإجارة لأنها تعقد للانتفاع ،
ولا يتحقق إلا به إذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره
فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منها .

إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه (أو يشتري بمرافقه) (أو بكل قليل وكثير)
هو منه أو فيه فيكون له الطريق حينئذ . وقال الكاكي المراد الطريق الخاص في ملك
إنسان . قلنا طريقها إلى مكة غير نافذة وإلى طريق عام فيدخل (وكذا الشرب)
بكسر الشين المعجمة ، أى لا يدخل في الأرض (والمسيل) وكذا مسيل الماء أو الغاء
الثلج في ملك إنسان لا يدخل من غير ذكر مما ذكرنا (لأنه) أى لأن كل واحد من
الطريق والشرب والمسيل (خارج عن الحدود) أى حدود المبيع فكانت هذه الأشياء
أصلاً بنفسها من حيث أنه مقصود قيامها بدون المبيع (إلا أنه من التوابع) من حيث
أنه لا يقصد به ، وإنما يقصد بها الانتفاع بالمبيع فكانت تابعة (فيدخل بذكر التوابع)
أى بذكر الحقوق والمرافق . وفي الذخيرة بذكر الحقوق إنما يدخل الطريق الذى يكون
عند البيع لا الطريق الذى كان قبل البيع ، حق أن من سد طريق منزله وجعل له
طريقاً آخر وباع المنزل بحقوقه يدخل تحت البيع الطريق الثانى لا الطريق الأول .

(بخلاف الإجارة) بهذه تدخل هذه الأشياء في الإجارة بدون ذكر الحقوق ، وبه
قال الشافعي رضي الله عنه (لأنها) أى لأن الإجارة (تعقد للانتفاع ولا يتحقق) أى
الانتفاع (إلا به) أى بالطريق (إذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره ،
فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منها) أى من الإجارة ، بيان هذا أن البيع شرع لتمليك
المعين لا لتمليك المنفعة وهذا يصح فيما لا ينتفع به في الحال كالجحش والمهر الصغير
والأرض السبخة والإجارة لا تصح فيه والإنسان قد يشتري لبيعه ليربح ، وقد يشتريه
لانتفاع ، فكان القصد فيه تملك المعين لا الانتفاع لا محالة ، فلا ضرورة في إدخال هذه

أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لأن المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة .

الأشياء في البيع ، ، فلا يدخل إلا بالذكر ، كذا في جامع قاضي خان . وفي الكافي ولهذا لو استأجر علواً واستثنى الطريق فسدت الإجارة . بخلاف البيع ، فإنه لو اشترى علواً واستثنى الطريق صح ، لأن موجب البيع تملك الرقبة والانتفاع من ثمراته ، أما الإجارة فللانتفاع ، ولا انتفاع بدون الطريق .

(أما الإنتفاع بالمبيع ممكن بدونه) أى بدون الطريق (لأن المشتري عادة يشتريه) أى يشتري الطريق والشرب والمسيل ، ووحيد الضمير لكل واحد أو بتأويل المذكور (وقد يتجر فيه) أى في شرائه (فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة) المطلوبة .



باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بيينة فإنه يأخذها
وولدها وإن أقر بها الرجل لم يتبعها ولدها ، ووجه الفرق أن البينة
حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل والولد
كان متصلاً بها ، فيكون له . أما الإقرار حجة قاصرة يثبت الملك

(باب الاستحقاق)

أى هذا باب في بيان حكم الاستحقاق ، وهو طلب الحق ، وذكر هذا الباب عقيب
باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظاً ومعنى .

(ومن اشترى جارية فولدت عنده) أى عند المشتري ولدت من غير مولاها . وفي
الكافي ولدت لا بالاستيلاء (فاستحقها رجل بيينة فإنه يأخذها) أى فإن المستحق يأخذ
الجارية (وولدها) أى يأخذ ولدها معها أيضاً (وإن أقر بها) أى وإن أقر بالجارية
(لرجل لم يتبعها) أى لم يتبع الجارية (ولدها) أى لا يأخذ المقر له الولد ويأخذ الأمة
فقط (ووجه الفرق) أى بين البينة والإقرار حيث يأخذ الجارية وولدها بالبينة فقط
لا بالإقرار (أن البينة حجة مطلقة) يعني غير مقتصرة على المقضي عليه فهي حجة في قول
كافة الناس . وفي الكافي البينة حجة متعددة حتى تظهر في حق كافة الناس والإقرار لا
حتى يقتصر على المقر (فإنها) أى فإن البينة (كاسمها مبينة) من التبيين وهو الإظهار ،
وأصله من البيان وهو الظهور (فيظهر بها) أى بالبينة (ملكه) أى ملك الرجل المستحق
(من الأصل) يعني في حق الجارية والولد جميعاً (والولد كان متصلاً بها) أى بالجارية
(فيكون) أى الولد (له) أى للمستحق ، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض .
(أما الإقرار حجة قاصرة) فتظهر في حقه دون غيره (يثبت الملك في الخبر به)

في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال
فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً . وقيل
يشترط القضاء بالولد وإليه تشير المسائل ، فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد .
قال محمد « رح » لا تدخل الزوائد في الحكم ، وكذا الولد إذا كان في
يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعاً . قال ومن اشترى عبداً
فإذا هو حر وقد قال العبد للمشتري

أى مقصوراً على ما أقرب به وهو الجارية (ضرورة صحة الإخبار) أى لأجل ضرورة
صحة اخبار المخبر (وقد اندفعت) أى الضرورة (بإثباته) أى بإثبات الملك (بعد
الإنفصال) أى انفصال الولد فلا يظهر الإلحاق بالولد (فلا يكون الولد له) ولهذا لا
يرجع المشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق بالإقرار (ثم قيل) أشار بهذا إلى اختلاف
المشايع « رح » في فصل الاستحقاق بالبينة في أن الولد في القضاء بالأم يدخل تبعاً أم لا ،
فقال بعضهم (يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً) أى تبعاً للأم لأنه لما ظهر الملك في
الجارية من الأصل يدخل في الأولاد (وقيل يشترط القضاء بالولد) على حدة ، لأنه أصل
يوم القضاء لكونه منفصلاً عن الأم ، فلا بد من الحكم كذا قيل وهو الأصح (وإليه) أى
إلى هذا القول وهو اشتراط القضاء بالولد (تشير المسائل) وبين ذلك بقوله (فإن القاضي
إذا لم يعلم بالزوائد) يعني إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعرف الزوائد .

(قال محمد رحمه الله تعالى لا تدخل الزوائد في الحكم) بالأصل ، فيجب الحكم بالزوائد
أيضاً (وكذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم) أى حكم القاضي (بالأم
تبعاً) أى من حيث التبعية للأم ، لأنها منفصلة من الأصل يوم القضاء في الولد لعدم
دخوله إذا كان في يد الغائب في القضاء بالأم ، لأنه إذا دخل حينئذ يكون قضاء
على الغائب .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى عبداً فإذا هو حر) كلمة إذا
للفجأة ، أى فظهر أنه حر (وقد قال العبد) أى والحال أن العبد قد قال (للمشتري

اشترني فإني عبد له ، فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء ، وإن كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع ، وإن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية فوجده حراً لم يرجع عليه على كل حال . وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما ، لأن الرجوع بالمعاوضة وبالكفالة والموجود ليس إلا الاخبار كاذباً

اشترني فإني عبد له) إنما قيد بهذين القيدين لأنه لو قال وقت البيع إني عبد ولم يأمره بالشراء وقال اشترني ولم يقل إني عبد لا يرجع عليه بالثمن في قولهم ، كذا ذكره الإمام الترمذ في جامعه محالاً إلى شيخ الإسلام خواهر زاده .

(فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة) أى يدري مكانه (لم يكن على العبد شيء) لأن البائع هو الذى أخذ ماله فوجب أن يسترد منه ، والعبد لم يأخذ منه شيئاً (وإن كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد) بالثمن على العبد ، لأنه غره حيث أمره بالشراء وأتلف ماله (ورجع هو) أى العبد (على البائع) إذا قدر عليه ، لأنه أدى عنه (وإن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية) يعني إن ارتهن رجل عبداً قد أقر بأنه عبد للمرتن (فوجده حراً) أى فوجد المرتن العبد وهو حر (لم يرجع عليه) أى لم يرجع المرتن على العبد بشيء (على كل حال) أى سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً أية غيبة كانت .

(وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما) أى إن كل واحد من البائع والمشتري لا يرجع على العبد في البيع والرهن (لأن الرجوع) إنما يكون (بالمعاوضة) في المباينة (أو بالكفالة) أى أو بكفالة العبد بالثمن ولم يوجد واحد منهما (والموجود ليس إلا الاخبار كاذباً) بأنه عبد . وقال فخر الدين الحسن بن منصور بن محمود الأوزجندى المعروف بقاضي خان في شرح الجامع الصغير ، وهذه المسألة دليل على أن العبد إذا كفل بثلث نفسه عن البائع صحت الكفالة ، فإذا تعذر استيفاءه من البائع يرجع عليه ثم يرجع

فصار كما إذا قال لأجنبي ذلك ، أو قال العبد ارتهني فإني عبد وهي
المسألة الثانية ، ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره
وإقراره إني عبد ، إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر
بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعاً للغرور
والضرر ، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه ، والبيع عقد معاوضة
فأمكن أن يجعل الأمر به ضامناً للسلامة كما هو موجهه ،

العبد على البائع إذا حضر ، لانه أدى ضماناً عليه (فصار) حكم هذا (كما إذا قال لأجنبي
ذلك) بأن قال اشتريه فانه عبد فظهر حرّاً إذا اشتراه فهو حر .

(أو قال العبد ارتهني فإني عبد) فظهر حرّاً ليس له عليه شيء (وهي المسألة الثانية)
وهي قوله وإن ارتهن عبداً مقرأاً بالعبودية (ولهما) أى ولا يبي حنيفة ومحمد « رح » (أن
المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره) أى أمر العبد حيث قال اشتري فإنا عبد
(وإقراره) بقوله (إني عبد إذ القول) أى لأن القول (له في الحرية) أى للعبد لانه
متمسك بالأصل ، إذ الأصل الحرية (فيجعل العبد بالأمر بالشراء) أى بقوله اشتري
(ضامناً للثمن له) أى للمشتري (عند تعذر رجوعه) أى رجوع المشتري (على البائع
دفعاً للضرر) عن المشتري (والغرور) أى ولاجل الغرور من جهته ، والغرور في
المعاوضات التي يقتضي سلامة العوض يجعل سبباً للضمان دفعاً للضرر بقدر الامكان
(ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه) أى لا يعذر في الرجوع إلا في الذي لا يعرف مكانه
لعدم القدرة عليه .

(والبيع) كأنه جواب عما يقال من جهة أبي يوسف كيف فرقتم بين البيع والرهن
في الرجوع وعدمه فأجاب بقوله والبيع (عقد معاوضة) يستحق العبد بها السلامة
(فأمكن أن يجعل الأمر) على وزن اسم الفاعل (به ضامناً للسلامة) أى سلامة
المبيع للمشتري (كما هو موجه) أى موجب البيع ، لان موجه سلامة
المبيع للمشتري .

بخلاف الرهن ، لأنه ليس بمعاوضة ، بل هذا وثيقة لاستيفاء عين
حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف ، والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال ،
فلا يجعل الأمر به ضماناً للسلامة . وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ
بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسألتنا قول المولى بأنعوا عبدي هذا
فإني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته . ثم في
وضع المسألة ضرب اشكال

(بخلاف الرهن فانه ليس بمعاوضة) وهو ظاهر (بل هو) أى الرهن (وثيقة لاستيفاء
عين حقه) من غير عوض (حق يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة
الإستبدال) حتى إذا هلك يقع الاستيفاء . ولو كان معاوضة لكان استبدالاً برأس مال
السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام ، وكذا في بدل الصرف فلم يكن هذا غروراً في عقد
المعاوضة ، فلا ينتهض سبباً للضمان ، ولهذا قلنا لو سأل رجل غيره عن أمن الطريق
فقال له أسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه . فسلب اللصوص أمواله لا يضمن المخبر
بشيء ، لأنه غرور فيما ليس بمعاوضة . وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم
فأكل ثم ظهر بخلافه لا يضمن أيضاً (فلا يجعل الأمر به) يعني إذا لم يكن معاوضة لم
يجعل الأمر به (ضماناً للسلامة) فلا يجب عليه شيء .

(وبخلاف الاجنبي) عطف على قوله بخلاف الرهن ، يعني اخبار الاجنبي بكونه
عبداً لا يفضي إلى البيع (لانه) أى لان الاجنبي (لا يعبأ) أى لا يبالى (بقوله) لعدم
الإعتماد على قوله (فلا يتحقق الغرور) بقوله لعدم الإكتراث به .

(ونظير مسألتنا) وهي أن الغرور في المعاوضات التي يقتضي سلامة العوض جعل
سبباً للضمان نظير (قول المولى) للناس من أهل السوق (بائعوا عبدي هذا فإني قد
أذنت له) في التجارة ، فبايعوه ولحقه ديون (ثم ظهر الإستحقاق) أى ثم ظهر أنه
حر فإنهم ، أى فان الذين بايعوه (يرجعون عليه) أى على المولى بديونهم (بقيمته) أى
بقدر قيمته بحكم الغرور (ثم في وضع المسألة) بقوله فاذا هو حر (ضرب إشكال

على قول أبي حنيفة «رح» ، لان الدعوى شرط في حرية العبد
عنده والتناقض يفسد الدعوى ، وقيل إن كان الوضع في حرية
الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم .
وقيل هو شرط ، لكن التناقض غير مانع لحفاء العلوق ، وإن كان
الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار
كالمختلعة تقيم البيئة على الطلقات الثلاث قبل الخلع

على قول أبي حنيفة ، لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده (أى عند أبي حنيفة ، وقوله
أنا حر بعد قوله أنا عبد متناقض (والتناقض يفسد الدعوى) فكيف ثبت الحرية .
وأجابوا عنه يجوابين .

أشار المصنف إلى الجواب الأول بقوله (وقيل إن كان الوضع في حرية الأصل)
فلقبول البيئة وجهان ، أحدهما ما قاله عامة المشايخ ، وهو عدم اشتراط الدعوى لقبول
الشهادة على حرية الأصل وهو معنى قوله (فالدعوى فيها ليس بشرط عنده) أى عند
أبي حنيفة (لتضمنه تحريم فرج الام) أى لتضمن الدعوى ، أى دعوى حرية الأصل ،
وذكر الضمير الراجع إلى الدعوى على معنى الادعاء .

وأشار إلى الوجه الثاني بقوله (وقيل هو شرط) أى الدعوى شرط على تأويل الادعاء
(لكن التناقض) هنا لم يمنع صحة الدعوى ، فانه (غير مانع لحفاء العلوق) أى حال
العلوق ، وكل ما كان مبناه على الحفاء فالتناقض معفو ، وقوله (وإن كان الوضع في
الإعتاق) هو الجواب الثاني أراد أنه إن كان المراد به الحرية بعقار عارض (فالتناقض
في الدعوى (لا يمنع) صحة الدعوى في المعتقد ، لانه أمر يجرى فيه الحفاء (لاستبداد
المولى به) أى لتفرد المولى بالاعتاق ، فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك (فصار)
هذا (كالمختلعة) أى كالمراة التي اختلعت (تقيم البيئة على الطلقات الثلاث قبل الخلع)
فانه يقبل ذلك منها وإن تناقضت للحفاء في تطليقة لاستبداده به ، وإنما قيد بالثلاث لان
فيما وراءها يمكن أن يقيم الزوج بيئة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذي قد أثبتته المراة

والمكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة . قال ومن ادعى حقاً في دار معناه حقاً مجهولاً فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحققت الدار إلا ذراعاً منها لم يرجع بشيء ، لأن المدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي وإن ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه ، لأن التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامة المبدل ،

قبل يوم أو يومين . وأما في الثلاث فلا يمكنه ذلك (والمكاتب يقيمها) أى يقيم البينة (على الإعتاق قبل الكتابة) فانها تقبل منه لاستبداد سيده بالتحريم ، ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامتهما البينة على ما ادعياء . وقال الناطقي (١) في الاجناس رجل باع غلاماً وهو ساكت ثم قال بعد البيع مع علمه بالبيع أأأ حر لا يقبل قوله وهو عبد ، وزاد في مختصر الطحاوى ، وقيل له بعد البيع قم مع مولاك فقام فذاك إقرار منه بالرق .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن ادعى حقاً في دار معناه حقاً مجهولاً) فإنكر المدعي عليه (فصالحه الذى هو في يده على مائة درهم ، فاستحققت الدار إلا ذراعاً منها) أى موضع ذراع منها (لم يرجع بشيء) أى لم يرجع المدعى عليه على المدعي (لأن المدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي) فلا يثبت حق الرجوع بالشك (وإن ادعاها كلها) أى كل الدار (فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه ، لأن التوفيق غير ممكن) لأنه ادعى كل الدار فصالح على ذلك فاستحق بعض الدار والمائة كانت وقعت بدلاً عن كل الدار ، لأن البذل يقسم على أجزاء المبدل ، فلما استحق بعض المبدل تعين الرجوع (فوجب الرجوع ببذله) أى بحصته (عند فوات سلامة المبدل) لأنه أخذ ذلك القدر من البذل بغير حق .

(١) ترد في الاصل الناطقي بالقاف ، وإنما هو الناطقي بالفاء كما ورد في معجم المؤلفين - اهـ مصححه .

ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز ، لأن
الجهالة فيما يسقط لا تقضي إلى المنازعة .

فصل في بيع الفضولي

وقال المصنف رحمه الله (ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على المعلوم جائز ،
لأن الجهالة فيما يسقط لا تقضي إلى المنازعة) ودلت المسألة أيضاً على أن صحة الدعوى
ليست بشرط لصحة الصلح ، لأن دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ، ولهذا لا تقبل
البينة على ذلك إلا إذا ادعى إقرار المدعي عليه بالحق فحينئذ تصح الدعوى وتقبل البينة
والإقرار عن المجهول جائز عندنا .

(فصل في بيع الفضولي)

أي هذا فصل في بيان حكم بيع الفضولي وهو نسبة إلى الفضول جمع الفضل ، يعني
الزيادة . وفي المغرب وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه ، حتى قيل فضول بلا فضل وسناً
بلا سن ، وطولاً بلا طول ، وعرضاً بلا عرض ، ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو
في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وبفتح الفاء خطأ انتهى كلامه . وقيل الفضولي من
يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي يزوج أو يبيع ولم يرد في النسبة إلى الواحد ،
وإن كان هو القياس لأنه صار بالغلبة كالعلم بهذا المعنى ، فصار كالأنصاري والأعرابي .
وقال الاكمل مناسبة هذا الفضل بباب الإستحقاق ظاهرة ، لأن بيع الفضولي صورة من
صور الإستحقاق ، لأن المستحق يقول عند الدعوى هذا ملكي . ومن باعك فانما باعك
بغير إذني فهو عين بيع الفضولي .

قلت لا يقال مناسبة هذا الفصل بباب الإستحقاق ، وإنما يقال هذا الفصل داخل في
هذا الباب الذي قبله ، لأن الباب عند المصنفين إذا ذكروا فصلاً أو فصلين أو أكثر عقيب
باب يقولون هذا داخل في الباب الذي قبله ، وإنما يفردونه بالذكر لأنه ليس بداخل
فيه من كل وجه فافهم .

قال ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ . وقال الشافعي « روح » لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالمملك أو بإذن المالك وقد فقدوا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية . ولنا أنه تصرف تمليك

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن باع ملك غيره بغير إذنه فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع ، وإن شاء فسخ) وبه قال مالك وأحمد في رواية (وقال الشافعي رضي الله عنه لا ينعقد) أي بيع الفضولي لا ينعقد أصلاً وعنده تصرفات الفضولي كلها باطلة في الجديد ، وبه قال أحمد في رواية ، وفي القديم كمنهبننا (لانه) أي لان بيع ملك غيره (لم يصدر عن ولاية شرعية) قال الكاكي احتراز به عن الولاية الحسية ، فإنها تثبت بمجرد اليد ، سواء كانت اليد حقاً أولاً . وقال غيره يعني لم يصدر عن ولاية شرعية إنه أضاف التصرف إلى محل ليس له ولاية عليه فيلغو (لانها) أي لان الولاية الشرعية تثبت (بالمملك) المطلق للتصرفات (أو بإذن المالك) الذي له ولاية التصرف (وقد فقدوا) على صيغة المجهول ، أي فقد فقد الملك والمالك ، يعني لم يوجد (ولا انعقاداً إلا بالقدرة الشرعية) أي بالولاية الشرعية وقد عدمت ، ولقوله عليه الصلاة والسلام لحكيم ابن حزام لا تبع ما ليس عندك .

(ولنا أنه) أي أن بيع الفضولي (تصرف تمليك) إلا أنه فيه من قبيل إضافة العام إلى الخاص كعلم الفقه ، فلا نزاع في ذلك ، وإنما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك ، لان التمليك من غير المالك لا يتصرف ، وأما كونه تصرف تمليك فلأن كون المبيع تمليك مال بال وهو قصد إيقاعه تمليكاً في محل قابل للملك ، ولكن لا ينفذ في الحال قبل الإجازة لثلا يتضرر المالك . وقال الكاكي وقيد التصرف بالتمليك احترازاً عن تصرف هو اسقاط كالطلاق والعناق بال أو بغير مال من الصبي والمجنون ، فان هذه التصرفات منهما لا تصح ولا تتوقف على إجازة الولي ولا على إجازة نفسها بعد البلوغ والإفاقة ، بخلاف ما إذا اشترى الصبي شيئاً أو تزوج امرأة أو زوج أمته ، فان هذه التصرفات منه

وقد صدر من أهله في محله ، فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره ، بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره ، وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء ، وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه ، كيف وإن الإذن ثابت دلالة ، لأن العاقل يأذن في التصرف النافع

تتوقف على إجازة الولي أو إجازة نفسه بعد البلوغ ، ولا يجوز بنفس البلوغ بغير إجازة بعده .

(وقد صدر) أى والحال أن هذا العقد قد صدر (من أهله) وهو كونه عاقلاً بالغاً (في محله) أى في محل العقد وهو كونه مالاً متقوماً (فوجب القول بانعقاده ، إذ لا ضرر فيه) أى في هذا العقد (للمالك مع تخييره) أى مع كونه بخيراً بين الإجازة والفسخ (بل فيه) أى في هذا العقد (نفعه) أى نفع للمالك (حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره) وهو حقوق العبد ، فإنها لا ترجع إلى المالك (وفيه) أى في هذا العقد (نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء وفيه نفع المشتري) لانه أقدم عليه طائفاً ولولا النفع لما أقدم (فثبت القدرة الشرعية) وهو التصرف الذى ينعقد به العقد ، وهذا جواب عن قول الشافعي رضي الله عنه ، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية (تحصيلاً لهذه الوجوه) أى لاجل تحصيل هذه الوجوه ، وهي كفاية مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن ونفع العاقلين لصون كلامهما عن الإلغاء .

(كيف وإن الإذن ثابت دلالة) فهذا جواب عن قول الشافعي رضي الله عنه لان الولاية الشرعية باذن المالك وقد فقد الاذن فقال كيف لا ينعقد بيع الفضولي لعدم الإذن من المالك والحال أن الإذن ثابت دلالة ، أى في حق انعقاد العقد لاشتماله على النفع (لان العاقل يأذن في التصرف النافع) وقيل قوله وكيف لا ... إلى آخره جواب عما يقال القدرة بالملك أو بالاذن ولم يوجد ، فأجاب عن ذلك منكرأ بقوله وكيف لا .. إلى آخره .

فان قيل لو كان الإذن ثابتاً دلالة فيما هو نافع يكون الرضى من المالك متحققاً دلالة ، فيلغني أن لا يثبت له الخيار . قلنا الإذن ثابت دلالة فيما هو نافع لا فيما هو ضار ، وفي الإنعقاد نفع فيثبت من وجه في انعقاده بغير اختياره ضرر فلا يثبت الإذن في حقه فذلك بخير . والجواب عن حديث حكيم بن حزام الذي استدل به الشافعي رضي الله عنه وهو نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما ليس عنده لأن مطلق النهي يوجب فساد النهي عنه أنه كان يبيعه ثم يشتريه ويلزمه تسليمه بحكم ذلك العقد . والدليل عليه أنه قال يا رسول الله ﷺ إن الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشترىها فأسلمها ، فقال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك .

وقال الأتراسي في استدلال أصحابنا وإنما ما روى أصحابنا في كتبهم كالإسرار وغيره في حديث عروة البارقي أن النبي ﷺ أعطى له ديناراً يشتري به أضحية ، فأشترى شاتين ، فباع إحدهما بدينار وجاء بالشاة والدينار الآخر إلى النبي ﷺ ، وأخبره بذلك فقال ﷺ بارك الله في صفقتك ، فأما الشاة فضح بها ، وأما الدينار فتصدق به فقد باع ما اشترى له عليه الصلاة والسلام بغير أمره . وأجاز عليه الصلاة والسلام بيعه ، ثم قال وفي كتب الحديث وإن عروة البارقي وحكيم بن حزام يعني روى الحديث عن الاثنين .

قلت أما حديث عروة البارقي فرواه الترمذي حدثنا أحمد بن سعيد الدارمي ثنا حبان ثنا هارون بن موسى ثنا الزبير بن الحر عن أبي ليبيد عن عروة البارقي قال دفع إلى رسول الله ﷺ ديناراً لأشترى له شاة فأشترت له شاتين ، فبعث أحدهما بدينار وجئت بالشاة والدينار إلى النبي ﷺ فذكر له ما كان من أمره فقال بارك الله لك في صفقة يمينك ، فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم فكان من أكثر أهل الكوفة مالاً ، وأخرجه ابن ماجه عن أحمد بن سعيد . وأما حديث حكيم بن حزام فرواه الترمذي أيضاً حدثنا أبو كريب حدثنا أبو بكر بن عياش عن أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ بعث حكيم بن حزام يشتري له أضحية بدينار

قال وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما
لأن الإجازة تصرف في العقد ، فلا بد من قيامه وذلك لقيام
العائد والمعقود عليه ، وإذا أجاز المالك كان الثمن مملوكاً له
أمانة في يده

قال فاشترى أضحية فاربح فيها ديناراً فاشترى أخرى مكانها فباع بالأضحية والدينار
إلى رسول الله ﷺ فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار ، ورواه أبو داود أيضاً عن محمد
ابن كثير . ولما أخرج الترمذي الحديثين لم يسكت عنهما ، بل قال وحبيب بن ثابت لم
يسمع عندي حكيم بن حزام وأبو ليلى اسمه لمازلة ، وفي اسناد أبي داود مبهم .

وقيل حديث حكيم لا يصح لأنه إما منقطع أو في اسناده مجهول . قلت الإنقطاع في
اسناد الترمذي والمجهول في اسناد أبي داود وقال ابن العربي حديث عروة صحيح ،
وأما الإبهام الذي في اسناده أبي داود فإنه روي عن شبيب عن عرقده حدثني الحلي عن
عروة البارقي الحديث ، وقال الخطابي يعني الحلي حدثوه وما كان سبيله هذا من الرواة لم
تقم به الحجة ووقع في رواية الكرخي عن شبيب عن عرقده يسمعه من قومه عن عروة
البارقي ، وروي أيضاً عن حديث شعبان عن شبيب بن عرقدة قال أخبرنا الحسن عن
عروة البارقي الحديث ، وهذا الاسناد ما فيه إبهام وهو صحيح كما قاله ابن المغربي .

(قال) أي القدوري (وله الإجازة) أي وللمالك إجازة البيع الذي عقد الفضولي
(إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما ، لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من
قيامه) أي من قيام العقد (وذلك) أي قيام العقد (لقيام العائد والمعقود عليه) كما
في الانشاء وبقاء الفضولي إنما يشترط لصحة الإجازة في البيع إلا في النكاح حتى لو زوج
رجل ابنته الصغيرة من رجل غائب ثم مات الأب وبلغ الزوج النكاح فأجاز
ذلك فهو جائز وهذا نص أن يموت الأب لا ينقطع نكاح الصغيرة ، كذا في فصول
الأستروشي « رح » .

(وإذا أجاز المالك) البيع (كان الثمن مملوكاً له) أي للمالك (أمانة في يده) أي في

بمنزلة الوكيل ، لان الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة والفضولي
أن يفسخ قبل الإجازة دفعاً للحقوق عن نفسه ، بخلاف الفضولي في
النكاح ، لانه معير محض ،

يد الفضولي (بمنزلة الوكيل) بالبيع إذا باع وقبض الثمن فإنه أمانة في يده (لأن
الإجازة اللاحقة) في بيع الفضولي (بمنزلة الوكالة السابقة) في البيع بالوكالة من حيث
أن كلا منهما يثبت الحكم ويرفع المانع ، والمال في يد الوكيل أمانة ، فكذا في
يد الفضولي .

فإن قلت ليس كذلك ، فإن المشتري من الفضولي إذا باع ثم أجاز المالك المبيع بطل
البيع الثاني ، ولو كان البيع الأول صدر من الوكيل لا يبطل البيع الثاني . قلت المالك
البات إذا طرأ على ملك موقوف أبطله ، وقد طرأ الملك البات للمشتري الأول فأبطل
الملك الموقوف الذي كان للمشتري الثاني ، ونظيره تزوج أمة بغير إذن مولاهما فمات
المولى فإنه لا ينعقد بإجازة الوارث ، لأن ملك التزوج للأمة موقوف ، وملك الوارث
فيها ملك بات فيبطل الملك الموقوف بطرئان ذلك الملك البات .

(وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة) أى قبل إجازة المالك المبيع (دفعاً للحقوق
عن نفسه) لما أن الحقوق ترجع إلى الوكيل وهو ما بالإجازة يصير بمنزلة الرجوع للحقوق
إليه فله أن يفسخه لدفع الضرر عن نفسه ، وكذلك للمشتري أن يفسخه . فإن قيل في
القول بجواز فسخه قبل الإجازة ضرر للمالك كما ذكرنا أن للمالك فيه نفع
فيفوت ذلك بالفسخ ، قلنا ضرر للمالك يحصل في ضمن دفع الضرر عن نفسه ، فلا يعتبر .

(بخلاف الفضولي في النكاح) حيث لا يجوز له أن يفسخه قبل إجازة الموقوف له
أو فسخه لأن الحقوق لا ترجع إليه (لأنه معير محض) وسفير ، فإنه لما أهدر انتهى أمره
فصار بمنزلة الأجنبي ، بخلاف الفضولي في البيع ، لأنه لا يثنى أمره بالبيع لما ذكرنا أن
الحقوق مرجع إليه . وقال الكاكي قال شيخنا العلامة صاحب النهاية رحمه الله هذا إذا
كان الفسخ بالقول ، أما إذا كان الفسخ بالفعل بأن يتزوج الفضولي امرأة برضاها فقبل

هذا إذا كان الثمن ديناً ، فإن كان عرضاً معيناً إنما تصح الإجازة
إذا كان العرض باقياً أيضاً ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد ،
حتى يكون العرض الثمن مملوكاً للفضولي وعليه مثل المبيع إن
كان مثلياً أو قيمته ، لأنه شراء من وجه والشراء

إجازة زوج أختها كان ذلك نقضاً للنكاح الأول ، كذا ذكره في الفضول الأستروشية
(وهذا) أى ما قلنا من قيام المتعاقدين والمعقود عليه (إذا كان الثمن ديناً) في بيع
الفضولي كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلى والوزني الموصوف في الذمة بغير عينه .

(فإن كان عرضاً) أى مما يعين بالتعيين (معيناً) عين في العقد (إنما تصح الإجازة
إذا كان العرض باقياً أيضاً) فها هنا قيام خمسة أشياء يشترط البائع والمشتري والمالك
والمبيع وقيام ذلك العرض فيما إذا كان الثمن ديناً يشترط قيام الأربعة من الخمسة المذكورة
فقط ، والخامس وهو العرض ليس بشرط . وفي الفصل الأول قيام الثمن في يد البائع
ليس بشرط ، فإن أجاز المالك بعد قيام الأربعة جاز البيع ، ولو لم يحجز المالك البيع وفسخه
انفسخ البيع ، وله أن يسترد المبيع ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان نقده ، ولو
مات المالك قبل الإجازة انفسخ البيع .

(ثم الإجازة) أى الإجازة في بيع المقايضة يعني فيما إذا كان الثمن عرضاً (إجازة
نقد) أى ينقد الثمن من ماله ، لأن العوضين إذا كانا عرضاً كان العقد شراء من وجه والشراء
لا يتوقف بل ينفذ على الفضولي ، فيصير ملكاً له ، وبإجازة المالك لا ينتقل الملك إليه
فيكون تأثير الإجازة في أن ينقد الفضولي الثمن من مال الخبرة ، وهذا استقراض حصل
في ضمن الشراء فيصح حكماً له كما لو قال اشترى لي عبد فلان بعبدك هذا فاشتره جاز
وعلى الأمر قيمة عبد المأمور ، لأنه صار كالمستقرض لعبده فيجب عليه مثله إن كان مثلياً
وقيمته إن لم يكن (لا إجازة عقد) لأنه نقد (حتى يكون العرض الثمن مملوكاً للفضولي)
كما ذكرناه الآن (وعليه) أى على الفضولي (مثل المبيع إن كان مثلياً أو قيمته إن
لم يكن مثلياً لأنه) أى لان البيع بالعرض (شراء من وجه) لأنه بيع مقايضة (والشراء

لا يتوقف على الإجازة . ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث في
الفصلين ، لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره
ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال البيع جاز البيع في قول أبي
يوسف « رح » أولاً ، وهو قول محمد « رح » ، لأن الأصل بقاؤه

لا يتوقف على الإجازة) أي على إجازة من اشترى له ، لأن الأصل في التصرفات النفاذ
والتوقف للضرورة ، ولأن الأصل في تصرف الإنسان أن يكون واقفاً على نفسه .

فإن قلت لو كان كذلك لما صح العقد إذا باع الوكيل بالعرض ، لأن الموكل وكله
بالبيع لا بالشراء . قلت صح لأن التوكيل بالبيع مطلق ، والبيع يكون بالدين والعين ،
والموكل عالم بذلك ، فلما أطلق الوكالة صار كأنه قال بعه بأي طريق شئت ، فيجوز بأي
طريق باع .

(ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث) أي وارث المالك (في الفصلين) أي فيما
إذا كان الثمن عرضاً أو ديناً .

فإن قلت هو في الفصل الثاني مشري فكان ينبغي أن ينفذ الشراء في حق الفضولي
قلت لا ينفذ لمجزئه عن تسليم الثمن ، لأنه ملك الغير وقد مات المالك قبل الإجازة .
(لأنه) أي لأن بيع الفضولي (توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة
غيره) لأن الإجازة عبارة عن اختيار العقد الذي باشره الفضولي والاختيار لا يحتمل النقل
لأنه لا يتصور في الأعراض .

فإن قلت يشكل بأمة تزوجت بغير إذن مولاهما ثم مات المولى فإنه ينعقد بإجازة
الوارث إذا لم يحل له وطئها ، قلت الأمة تتصرف بأهليتها لأنها باقية على أصل الحرية فيما
هو من خواص الأدمية ، والنكاح من خواصها . وإنما يتوقف على إجازة المالك كيلا
يتضرر الوارث مالك كالمرث ، ولم يثبت له ملك بات ليطلق الملك الموقوف .

(ولو أجاز المالك في حياته) ثم مات (ولم يعلم حال المبيع) يعني باق أو غير باق
(جاز البيع في قول أبي يوسف « رح » أولاً ، وهو قول محمد « رح » ، لأن الأصل بقاؤه ،

ثم رجع أبو يوسف «رح» وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك . قال ومن غصب عبداً فباعه واعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز استحساناً ، وهذا عند أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف . وقال محمد «رح» لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك ، قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم ، والموقوف

ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة ، لأن الشك وقع في شرط الإجازة (وهو بقاء المسمى (فلا يثبت مع الشك) فإن قلت الشك بساوي الطرفين وقد ترجح جانب الوجود هنا . قلت استناد صاحب الحال لا يصح للاثبات ، فسقط اعتبار ترجيح جانب الوجود ، فصار متساوي الطرفين لتحقيق الشك .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن غصب عبداً فباعه واعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز) من المشتري (استحساناً ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح») ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير ولم يذكر فيها الاختلاف ، ولهذا قالوا في شروح الجامع الصغير أن العتق جائز استحساناً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

(وقال محمد «رح» لا يجوز) قياساً ، وبه قال زفر والشافعي ومالك وأحمد وهو رواية عن أبي يوسف ، وهذه المسألة هي المسألة التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض هذا الكتاب عليه فإن أبا يوسف قال ما رويت لك عن أبي يوسف «رح» أن العتق جائز ، وإنما رويت أن العتق باطل . وقال محمد «رح» بل رويت لي أن العتق جائز (لأنه) أي لأن الشأن (لا عتق بدون الملك) عن أبي حنيفة (قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (لا عتق فيما لا يملك ابن آدم) هذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي واللفظ للترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك وقال حديث حسن صحيح وقد تقدم في كتاب العتق مع الكلام فيه مقتضى (والموقوف

لا يفيد الملك ، ولو ثبت في الآخرة يثبت مستنداً أو هو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما رويناه ، ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك . وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذاً حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان . وكذا لا يصح اعتاق

لا يفيد الملك) أي الموقوف نفوذه على إجازة مالك ظاهر الملك وهو المنصوب منه ، ألا ترى أن بيع الفضولي لا يفيد الملك للمشتري في الحال بالإجماع ولا ملك للمشتري من الغاصب في الحال .

(ولو ثبت في الآخرة) بالفتحات بمعنى الأخير (يثبت مستنداً) إلى سببه وهو بيع الغاصب منه (وهو) أي الملك الثابت بطريق الاستناد (ثابت من وجه دون وجه ، والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما رويناه) وهو قوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم (ولهذا) هذا استيضاح من المصنف بفروع تؤنس ذلك منها قوله (لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان) وهو راجع إلى قوله لأنه لا عتق بدون الملك ، فالغاصب إذا أعتق ثم أدى الضمان لا يعتق ، وإن كانت المضمونات تملك مستنده إلى أول المسبب لما قلنا أن الملك المستند ثابت من وجه دون وجه (ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك) هذا راجع إلى قوله والموقوف لا يفيد الملك حاصله أنه لا ينفذ عتق المشتري العبد ، والحال أن البائع كان بالخيار ثم أجاز البيع .

(وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب) يعني أن المشتري من الغاصب إذا باع العبد المنصوب من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لا يصح هذا البيع الثاني ، فكذلك إذا أعتق ينبغي أن يكون كذلك ، وأراد بقوله (فيما نحن فيه) المسألة المصدرة بقوله ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري إلى آخره ، فالعتق لا يصح عند محمد كما ذكر (مع أنه) أي أن البيع (أسرع نفاذاً) من العتق أي أقل احتياجاً إلى الملك في النفوذ من العتق (حتى نفذ) أي البيع (من الغاصب إذا أدى الضمان ، وكذا لا يصح اعتاق

المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان . ولهما أن الملك يثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر ، فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه ، وصار كإعتاق المشتري من الراهن وكإعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك

المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان) يعني إذا باع الغاصب ثم أدى الضمان يعني المشتري من الغاصب إذا أعتق العبد الذي اشتراه منه ثم ملكه الغاصب بآداء الضمان وأجاز العتق لا ينفذ .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف «رح» ، (أن الملك يثبت موقوفاً) أي ثبت ملك المشتري من الغاصب موقوفاً على إجازة مالك العبد (بتصرف مطلق) بفتح اللام وقيل بالكسر ، والأول أشهر ، واحترز به عن البيع بشرط الخيار ، لأن الملك ثمة لم يثبت أصلاً لا موقوفاً ولا باتاً ووصف المطلق بوصفين أحدهما وهو قوله (موضوع لإفادة الملك) واحترز به عن الغصب فإنه لم يوضع لإفادة الملك ، والآخر بقوله (ولا ضرر فيه) أي في اعتاق المشتري (على ما مر) أشار به إلى قوله إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره ، كذا قاله الكاكي . وقال الأترازي على ما مر إشارة إلى قوله ولنا أنه تصرف تملك وقد صدر من أهله في محله إلى آخره . قلت الأول أظهر (فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه) أي على المالك الموقوف (وينفذ) أي الاعتاق (بنفاذه) أي بنفاذ الملك ، لأنه من حقوقه ، والشئ إذا فقد فقد بحقوقه ، وإذا توقف توقف بحقوقه .

(وصار) أي إعتاق المشتري من الغاصب (كاعتاق المشتري من الراهن) فإنه يتوقف نفاذه على إجازة المرتهن أو فك الرهن ، والجامع بينهما لأنه اعتاق في بيع موقوف (وكاعتاق الوارث عبداً من التركة وهي) أي التركة ، والحال أي والحال أن التركة (مستغرقة بالديون يصح) أي الإعتاق موقوفاً (وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك) أي بعد اعتاق الوارث ثم شرع المصنف في الجواب عن المسائل المذكورة التي ذكرها محمد تأثماً لما ذهب إليه ،

بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه ، لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك . وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع لأنه ليس بمطلق ، وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلاً . وبخلاف المشتري من الغاصب إذا باع ، لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات ، فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله

فقال (بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه) حيث لم ينفذ بعد ضمان القيمة (لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك) لأنه عدوان محض ، وهذا التعليل لا يتم ، لأنه يرد عليه أن ينفذ بيعه أيضاً عند إجازة المالك لأنه لم يوضح لإفادة الملك كما لا ينفذ عتقه ، لما أن كلا من جواز البيع والعتق يحتاج إلى الملك ، ولكن وجه تمام التعليل مما ذكره في المبسوط بخلاف الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة ، لأن المستند له حكمة الملك لا حقيقة الملك ، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه ، وهما هنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ، ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة جميعاً ، لأن الملك ثبت مطلقاً لا ضرورة إذا الضمان .

(وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع) حيث لا ينفذ العتق (لأنه) أي لأن البيع بالخيار (ليس بمطلق) أي غير تام (وقران الشرط به) أي بالبيع أو بالعقد (يمنع انعقاده في حق الحكم أصلاً) فكان الملك معدوماً مع وجود الخيار المانع ، فلم يصادف إعتاق المشتري محلاً معلوكاً له فيلغى .

(وبخلاف المشتري من الغاصب إذا باع) هذا جواب عن المسألة الثالثة بيانه أن الذي اشترى من الغاصب إذا باع ما اشتراه لا يتوقف بيعه بل يبطل (لأن بالإجازة) أي بإجازة المبيع الأول (يثبت للبائع) وهو المشتري من الغاصب (ملك بات) أي من كل وجه (فإذا طرأ) أي الملك البات (على ملك موقوف لغيره) أي لغير المشتري من الغاصب (أبطله) أي أبطل الملك الموقوف لغيره ، لأنه لا يتصور اجتماع البات مع

وأما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه ، كذا
ذكره هلال وهو الأصح .

الموقوف في محل واحد والبيع بعدم بطل لا يلحقه الإجازة ، وكذا لو وهبه مولا
للفاسب أو تصدق به عليه أو مات فورته فهذا كله مبطل للملك الموقوف بطراً للملك
البات على الملك الموقوف .

فإن قيل يشكل على هذا الأصل ما إذا باع الغاصب ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب
جائزاً ، وإن طرأ الملك الذي يثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك المشتري الذي اشتراه
منه وهو موقوف . قلنا إن ثبوت الملك للغاصب ضروري ثبت له ضرورة وجوب الضمان ،
فلم يظهر في حق إبطال ملك المشتري .

فإن قيل لو كان الملك البات يبطل الملك الموقوف فأولى أن يمنعه ، لأن المنع أسهل من
الرفع ، فعلى هذا يجب أن لا ينعقد بيع الفضولي ، لأن للمالك ملكاً باتاً فيجب أن يمنع
الفضولي من الانعقاد لعدم اجتماع الملك الموقوف مع البات . قلنا البيع الموقوف غير
موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي ، والمنع انما يكون بعد الوجود ، أى وجود
المعارض ولا معارض هنا ، بخلاف ما نحن فيه . فإن الملك البات ثبت للفضولي ، والمالك
الموقوف ظهر في حقه فوق التعارض بين المالكين فيرفع البات الموقوف . وقال الأكمل
وفيه نظر لأنه يكون بعد الوجود رفع لا منع ، وفي الحقيقة هو مغالطة وإن كلامنا في
أن طرأ الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئاً حتى يتوجه السؤال .

(وأما إذا أدى الغاصب الضمان) هذا جواب عن المسألة الرابعة بيانه أن الغاصب
إذا أدى الضمان فلا نسلم له وإن أعتاق المشتري منه لا ينفذ كما قال محمد (ينفذ اعتاق
المشتري منه) أى من الفاسب (كذا ذكره هلال) وهو هلال الرى بن يحيى البصرى
صاحب الوقف ، ومن قال أنه الزازي فقد صحف (وهو الأصح) أي نفذ إعتاق
المشتري من الغاصب هو الأصح ، وفيه إشارة إلى أن فيه إختلاف المشايخ . وقال علاء
الدين العالم في طريقة الخلاف فيه إختلاف المشايخ والأصح أنه ينفذ ، وإليه أشار في وقف

قال فإن قطعت يد العبد فأخذ إرشها ثم أجاز البيع فالإرش
للمشتري ، لأن الملك تم له من وقت الشراء فتبين أن القطع حصل على
ملكه، وهذه حجة على محمد «رح»

هلال ، فإنه نفذ وقف المشتري من الفناصب إذا ملكه الغائب بالضمان والوقف تحرير
الأرض كالإعتاق تحرير العبد .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (فإن قطعت يد العبد) أي في يد
المشتري من الفناصب (فأخذ) أي المشتري (إرشها ثم أجاز) أي المولى (البيع) أي
بيع الفناصب (فالإرش) أي فارش اليد (للمشتري لأن الملك قد تم له) بعد الإجازة
(من وقت الشراء فتبين أن القطع حصل على ملكه) قال الاكمل واعترض بما إذا غصب
عبداً فقطعت يده وضمنه الفناصب فإنه لا يملك الأرض ، وإن ملك المضمون ، والفضولي
إذا قال لامرأة أمرك ببيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صح التفويض دون التعليق
وإن ثبت المالكية لها من حين التفويض حكماً للإجازة . واجيب عن الأول بأن الملك في
المفصوب ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع ثبوته من وقت الأداء فلا تملك الإرش
لعدم حصوله في ملكه . وعن الثاني بأن الأصل أن كل تصرف يوقف حكمه على شيء أن
يجعل معلقاً بالشرط لا سبباً منه وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب إلا فيما لا
يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه ، فإنه يعتبر سبباً من وقت وجوده متأخراً حكمه
إلى وقت الإجازة فعندهما يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله ، فجعل
الموجود من الفضولي معلقاً بالإجازة فعندهما يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه إلا من
وقت الإجازة .

(وهذا حجة على محمد «رح») قال الأتوازي إن كون إرش اليد للمشتري بعد
الإجازة حجة عليه ، يعني لما تم الملك من وقت الشراء حتى كان الإرش للمشتري كان
ينبغي أن ينفذ اعتاق المشتري من الفناصب أيضاً عنده ، لأن الإعتاق يكون حينئذ في
الملك وفي نسخة شيخني العللاء وهذه حجة على محمد . قال الكاكي أي هذه المسألة في
بعض النسخ وهو أي قوله فتبين أن القطع ... إلى آخره ، والأول أصح . وجه كونها

والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الإرش كالمكاتب إذا
قطعت يده فأخذ الإرش ثم رد في الرق يكون الإرش للمولى، وكذا
إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجزى البيع
والإرش للمشتري . بخلاف الإعتاق على ما مر

حجة أن الملك الثابت عنده بطريق الاستناد لا يكفي لنفوذ العتق ويكفي لاستحقاق
الإرش ، وعندهما يكفي لهما وفي نسخة الأكل وهذا أي كون الإرش للمشتري حجة
على محمد في عدم تجويز الإعتاق في الملك الموقوف لما أنه لو لم يكن للمشتري شيء
من الملك لما كان له الإرش عند الإجازة كما في الفصص ، حيث لا يكون له ذلك عند
أداء الضمان .

(والعذر له) أي لمحمد قال الكاكي أي الجواب عن هذه المسألة . وقال الأتوازي
أي جواب محمد عن هذا بأن يقول (إن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الإرش) والثابت
بالاستناد ملك من وجه دون وجه (كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الإرش ثم رد
في الرق يكون الإرش للمولى ، وكذا) أي وكذا الحكم (إذا قطعت يد المشتري) بفتح
الراء وهو العبد (في يد المشتري) بكسر الراء (والخيار للبائع) الواو فيه للحال (ثم
أجزى البيع فالإرش للمشتري) بكسر الراء (بخلاف الإعتاق) حيث لا ينفذ عتاق
المشتري فيما إذا كان الخيار للبائع (على ما مر) إشارة إلى قوله والمصحح للإعتاق هو
الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه . وفي النهاية قوله على ما مر هو قوله وبخلاف
ما إذا كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق ، وقران الشرط به يقع إنعقاده . وقال
الأكل وقيل بخلاف الأعتاق متعلق بقوله أن الملك من وجه الاستحقاق الإرش ، يعني
إن أعتاق المشتري من الفاصب بعد الإجازة لا ينفذ عند محمد ، لأن المصحح للإعتاق وهو
الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه . وقوله على ما مر إشارة إلى قوله والمصحح
الإعتاق هو الملك الكامل ، وهذا أقرب ، قلت أي أقرب من الوجه الذي ذكره
في النهاية . ووجه الأقربية ما ذكرناه ، وهو الذي ذكره الشراح .

ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك . قال فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يحز البيع الثاني لما ذكرنا ، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به .

(ويتصدق) أى المشتري من الفاسب (بما زاد) من إرش اليد (على نصف الثمن) لأن إرش اليد الواحدة في المرة نصف الدية ، وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمان المشتري بمقابلة اليد المقطوعة نصف الثمن وما زاد عليه لم يدخل في ضمانه فكان ربح ما لم يضمن فيتصدق بالفضل وهو حاصل معنى قوله (لأنه لم يدخل في ضمانه) أى لأن ما زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمان المشتري (أو فيه شبهة عدم الملك) تعليل آخر ، أى أو في أخذ الإرش بعد القبض شبهة عدم الملك ، لأن الملك يثبت يوم القطع مستنداً إلى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فيكون فيه شبهة عدم الملك فلا يطيب الربح الحاصل به . وقال الأتوازي وفيه نظر ، لأنه إذا كان بشبهة العدم اعتبار ينبغي أن يتصدق بجميع الإرش لا بالنظر وحده ، إنتهى . قلت كان ينبغي ألا يتصدق بشيء بالنظر إلى ثبوت الملك من كل وجه ولكن لما كان غير ثابت من كل وجه يتصدق بالربح فقط بالنظر إلى عدم ثبوت الملك من كل وجه .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (فإن باعه المشتري من آخر) أى فإن باع المشتري من الفاسب العبد من شخص آخر (ثم أجاز المولى البيع الأول لم يحز البيع الثاني لما ذكرنا) أى بالإجازة يثبت للبائع ملك بات ، والملك البات إذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله (ولأن فيه) أى في البيع الثاني (غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به) أى بالغرر ولورود النهي عن بيع فيه غرر . قيل هذا التعليل شامل لبيع الفاسب من مشتريه وبيع الفضولي أيضاً ، لأنه يحتمل أن يحيز المالك بيمها وأن لا يحيز ومع ذلك انعقد بيع الفاسب والفضولي موقوفاً . وأجيب بأن غرر الانفساخ في بيعها عارضه النفع الذى يحصل للمالك المذكور فيما تقدم ،

بخلاف الإعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر . قال فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يحز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت ، وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشتري بالقتل ، حتى يعد باقياً ببقاء البدل ، لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكاً يقابل بالبدل ، فيتحقق الفوات ، بخلاف البيع الصحيح ، لأن ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائماً بقيام خلفه ،

فبالنظر إلى العذر يفسد وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملاً بهما .

(بخلاف الاعتاق عندهما) أى عند أبي حنيفة وأبي يوسف « ر ح » حيث ينفذ إعتاق المشتري من الغاصب بعد الإجازة على قولهما (لأنه) أى لأن الاعتاق (لا يؤثر فيه الغرر) بدليل أن المشتري لو أعتق المبيع قبل القبض يحوز ، ولوباعه لا يحوز ، وقد روى عن أبي حنيفة أنه يتوقف البيع كما يتوقف الإعتاق .

(قال) أى المصنف ، لأن محمداً لم يذكر هذه المسألة في الجامع الصغير ، ولكن الشراح ذكروها وصاحب الهداية ذكرها تفريعاً كما ذكرها الشراح (فإن لم يبعه المشتري) أى المشتري من الغاصب (فمات) أى العبد (في يده) أى في يد المشتري (أو قتل ثم أجاز) أى المالك (البيع) أى بيع الغاصب (لم يحز) بالاتفاق (لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت ، وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقياً ببقاء البدل ، لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكاً يقابله بالبدل فيتحقق الفوات . بخلاف البيع الصحيح) يعني البيع الصحيح إذا قتل العبد قبل القبض يمكن إيجاب البدل للمشتري (لأن ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائماً بقيام خلفه) وهو القيمة والمشتري بالخيار فإن اختار البدل كان البدل له .

قال ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البينة على إقرار
البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد البيع لم تقبل
بينته للتناقض في الدعوى إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته
والبينة بينته على صحة الدعوى . وإن أقر البائع بذلك عند القاضي
بطل البيع إن طلب المشتري ذلك ، لأن التناقض لا يمنع صحة
الإقرار فالمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما ،
فلهذا شرط طلب المشتري .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن باع عبد غيره بغير أمره) صورته في
الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل باع عبد رجل بغير أمر صاحبه فقال
المشتري أرد البيع لأنك بعثتي بغير أمر صاحبه وجحد البائع ذلك (وأقام المشتري
البينة على إقرار البائع أو رب العبد) أى وأقام البينة على رب العبد (أنه لم يأمره بالبيع
وأراد رد البيع لم تقبل بينته لمكان التناقض في الدعوى) لأن صحة البينة عند صحة
الدعوى ، وهنا بطلت الدعوى (إذ الإقدام) أى لأن إقدام المشتري (على الشراء
إقرار منه على صحته) أى صحة الشراء وأن البائع ملك البيع (والبينة بينته على صحة
الدعوى) والدعوى غير صحيحة لما قلنا .

(وإن أقر البائع بذلك) أى بأنه باعه بغير أمره عند القاضي أو عند غير القاضي
إلا أن البينة تختص بمجلس القاضي فلهذا ذكر (عند القاضي بطل البيع إن طلب المشتري
ذلك) أى إبطال البيع (لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار) ألا ترى أن من أنكر
شيئاً ثم أقر بذلك صح إقراره ، إلا أن الإقرار حجة قاصرة نافذة في حق الغير خاصة
(فالمشتري أن يساعده على ذلك) أى يوافق البائع على إقراره ، فإذا ساعده (فيتحقق
الاتفاق بينهما) فينفذ عليهما (فلهذا) أى فلأجل ذلك (شرط طلب المشتري) حتى
يكون نقضاً باتفاقهما .

قال وذكر في الزيادات أن المشتري إذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه للمستحق تقبل وفرقوا أن العبد في هذه المسألة في يد المشتري وفي تلك المسألة في يد غيره وهو المستحق ، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالماً للمشتري .

ثم ذكر المصنف مسألة الزيادات نقضاً على مسألة الجامع الصغير بقوله (قال) أى المصنف (وذكر في الزيادات) في الباب الثالث من الكتاب (أن المشتري إذا صدق مدعيه) يوضحه رجل ادعى على المشتري بأن ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك (ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه) أى أن البيع (للمستحق) أى هذا المستحق (تقبل) وإن تناقض في دعواه .

(وفرقوا) أي المشايخ بين رواية الجامع الصغير والزيادات (أن العبد في هذه المسألة) أي في مسألة الجامع الصغير (في يد المشتري) فيكون سالماً له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع ، لأن شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع (وفي تلك المسألة) أي في مسألة الزيادات (في يد غيره) أن العبد المبيع في يد غيره (وهو المستحق ، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالماً للمشتري) وما هنالك يسلم فله الرجوع لوجدان شرطه . وقال الأتراسي ولنا في هذا الفرق نظر ، لأن وضع المسألة في الزيادات أيضاً في أن العبد في يد المشتري ، ولئن قلنا أن العبد في يد المستحق فلا نسلم أن البينة تقبل حينئذ ، لأن التناقض في الدعوى موجود لا محالة كما بينا ، ومبنى البينة على صحة الدعوى فلم تصح فلا تصح البينة ، والأولى أن يقال أن المشتري أقام البينة على قرار البائع أو رب العبد قبل البيع في مسألة الجامع الصغير ، فلماذا لم تقبل البينة للتناقض في مسألة الزيادات أقام البينة على الإقرار بعد البيع ، فلم يلزم التناقض قبلت البينة انتهى . وقد نقل الأكل هذا بقوله قيل في هذا الفرق نظر إلى آخره .

ثم قال قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذه بعد أن تأملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر ، لأن التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز أن يكون المشتري

قال ومن باع داراً للرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع
عند أبي حنيفة «رح» وهو قول أبي يوسف آخرأ، وكان يقول أولاً
يضمن البائع وهو قول محمد «رح» وهي مسألة غصب العقار ،
وسنبينه في الغصب إن شاء الله تعالى والله أعلم بالصواب

أقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع لعدم الأمر، ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل
البيع أقر بذلك ويشهدون به ، ومثل ذلك ليس بمائع ، وهذا الموضع موضع تأمل .
(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن باع داراً للرجل) أي أعرضه غيره بغير
أمره . وفي جامع فخر الإسلام ومعنى المسألة إذا باعها ثم اعترف بالنصب وكذبه المشتري
(وأدخلها المشتري في بنائه) يعني قبضها ، وإنما قيد بهذا لأن المسألة هكذا وقعت (لم
يضمن البائع) أي قيمة الدار إن أقر أنه غصب منه (عند أبي حنيفة ، وهو قول أبي
يوسف آخرأ وكان يقول أولاً يضمن البائع وهو قول محمد ، وهي مسألة غصب العقار ،
وسنبينه في الغصب) أي في كتاب الغصب (إن شاء الله تعالى) والله القادر
على ذلك .

فروع : عقدان موقوفان أجزا وتوافقا كالبيعين ثبتا ، ولو تنافيا ثبت إقرارهما
كالبيع والنكاح وإلا بطلا كالنكاحين . ولو اجتمع بيعان في عقد من فضولين وأجزا معا
أخذ كل واحد النصف أو ترك ، لأن كل واحد شرع في العقد على أن العبد كله له ، فإذا
انتصف يجوز ، والبيع أحق من النكاح والإجارة والرهن ، حق لو باعه فضولي والآخر
رهنه أو أجره أو زوجه فأجازهما المولى جاز البيع وبطل غيره ، لأن البيع أقوى لأنه
يفيد ملك الرقبة ولا كذلك غيره ، والكتابة والتدبير أحق من غيرها ، لأنها لازمة ،
بخلاف غيرها ، والهبة والإجارة أحق من الرهن ، لأن الهبة تفيد ملك الرقبة والإجارة
ملك المنفعة ولا كذلك الرهن والهبة أحق من الهبة في الدار ، فإن الهبة تبطل بالشروع
ويبقى البيع بلا مزاحم ، وفي العبد استويا لأن الهبة مع القبض يساوي البيع في إفادة
الملك ، وكل واحد يأخذ بالنصب لأن هبة المشاع فيما لا يقيم صحيحة ، والله
اعلم بالصواب .

باب السلم

(باب السلم)

أي هذا باب في بيان احكام السلم . ولما فرغ من أنواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين او أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو منزلة المفرد من المركب ، والمفرد مقدم . وقال الكاكي والهمزة فيه للسلب ، أي أزال سلامة الدراهم بالتسليم إلى مفلس في مؤجل ، او هو من التسليم ، لأن تسليم رأس المال فيه لازم ، وفيه تأمل . وفي الإيضاح السلم لغة عبارة عن الاستعجال والسلم والسلف ، يعني واحد وخص هذا النوع بهذا الاسم ، لأن شرعيته كانت لمعنى يخص رأس المال وهو استعجاله وتحصيله قبل وجود المبيع ، لأن الحاجة إليه .

وقيل سمي به لكونه معجلاً على وقته ، فإن أوان البيع عند وجود المبيع المعقود عليه في ملك العاقد ، والسلم عادة إنما يكون فيما ليس بوجوده في ملكه فيكون معجلاً على وقته ، وكذا في الكافي . وقال صاحب التحفة السلم عقد يثبت الملك في الثمن عاجلاً . وفي الثمن أجلاً يسمى سلفاً وإسلاماً وسلفاً وإسلافاً لما فيه من تسليم رأس المال للحال .

وفي عرف الشرع عبارة عن هذا أيضاً مع زيادة شرائط ، ورد الشرع بها لم يعرفها أهل اللغة . وقال الأكمال السلم في اصطلاح الفقهاء أخذ عاجل ، ورد بأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ، ولو قبل بيع أجل بعاجل لاندفع ذلك ، وكذا قال الأتزازي فمن هذا عرفت قسماً . وما قيل في بعض الشروح أن السلم أخذ عاجل بأجل ، لأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم انتهى . قلت في كلام الأكمال نسبة الفقهاء إلى الخطأ . وفي كلام الأتزازي نسبة بعض الشراح إليه ولا ينبغي هذا ، والظاهر أنه لم يقل هكذا أحد منهم ، وإنما هذا وقع هكذا تحريفاً من

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس أشهد
أن الله تعالى أحل السلف المضمون وانزل فيها أطول آية في كتابه
وتلا قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل
مسمى فاكتبوه﴾ ... الآية ٢٨٢ البقرة ،

النسخ الجهلة ، فاستمر النقل على هذا التعريف ، وإنما قالوا السلم أخذ أجل بعاجل
فلا يرد عليه شيء . وركن السلم الإيجاب والقبول بأن يقول رجل لآخر أسلمت إليك
عشرة دراهم في كر حنطة ، أو قال أسلفت وقال الآخر قبلت ، ويسمى صاحب الدراهم
رب السلم والمسلم أيضاً ، ويسمى الآخر المسلم إليه والحنطة المسلم فيه . ولو قال المسلم
إليه لآخر بعث منك كر حنطة هكذا وذكر شرائط المسلم ينعقد أيضاً ، لأن السلم نوع
بيع وشرائط تذكر عند قوله ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبعة شرائط ، وحكمه
ثبوت الملك لرب السلم في المسلم فيه مؤجلاً بمقابلة ثبوت الملك في رأس العين أو الموصوف
للمسلم إليه معجلاً بطريق الرخصة دفعاً لحاجة الناس .

(السلم عقد مشروع بالكتاب ، وهو آية المداينة) وهو قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا
إذا تداينتم بدين﴾ ... الآية ٢٨٢ البقرة ، وهي أطول آية في القرآن يعني إذا تداينتم
بدين مؤجل أي مؤجل إلى أجل مسمى فاكتبوه ، وفائدة قوله مسمى الإعلام بأن من
حق الأجل أن يكون معلوماً ، ومعنى تداينتم بدين إذا تداين بعضكم بعضاً ، يقال
داينت الرجل إذا عاملته بدين معطياً أو أخذاً كما تقول بائعة إذا بعته أو باعك . (فقد
قال ابن عباس رضي الله عنها أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية
في كتابه قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين﴾ ... الآية ٢٨٢ البقرة) هذا
رواه الحاكم في مستدركه في تفسير سورة البقرة عن أيوب عن قتادة عن أبي حسان الأعرج
عن ابن عباس قال أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن
فيه ، قال الله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ ...
الآية ، وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

وبالسنة وهو ما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم

وكذلك رواه الشافعي في مسنده ومن طريقه رواه البيهقي في المعرفة ورواه عبد الرزاق وابن أبي شبة في مصنفيهما وقال مخرج الأحاديث ورأيت بعض مصنفي زماننا اسندوا هذا الحديث إلى البخاري وهو غلط ولم يخرج البخاري في صحيحه لأبي حنيفة إلا في حسام الأعرج شيئاً واسمه مسلم .

قوله أحل السلف المضمون أي المؤجل ، وهذا جاء في رواية أخرى أنه تعالى أحل السلف المؤجل ، وقيل أن السلف الواجب في الذمة . وقوله المضمون صفة السلف والسلف متميز لا مميز كما في قوله تعالى « النبيون الذين أسلموا » وكقولهم الحبشي الأسود والكافور الأبيض ، وهذا لأن المسلم فيه واجب في الذمة لاحتالة . وقيل مميزه لأن السلف يطلق أيضاً على معنى آخر يقال سلف الرجل آباؤه الأقدمون . قوله وانزل فيه وفي بعض النسخ وانزل فيها ، وكذا في نسخة شيخه العلاء . وقال الأتزازي في السلف وإنما أنت الضمير على تأويل المدائنة ، ومثل ذلك حاكم ما روى صاحب الجهرة عن أبي حاتم الأصمعي قال أبو عمر بن العلاء سمعت أعرابياً يانياً يقول لفلان لغوب جاءت كتابي فاحتقرها ، فقلت أتقول جاءت كتابي فقال أليس بصحيفة ، فقلت له ما اللغوب قال الأحق .

(وبالسنة) هو عطف على قوله بالكتاب ، أي ومشروع بالسنة (وهو ما روي أنه عليه السلام) أي أن النبي ﷺ (نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ورخص في السلم) هذا غريب بهذا اللفظ . وقوله ورخص في السلم من تمام الحديث لامن كلام المصنف . وقال الكاكي هذا نقل الحديث بالمعنى ، ولفظ الحديث لا تتبع ما ليس عندك ، والصعابة رضي الله عنهم رويوه بهذا اللفظ ، والمراد بما ليس عندك ما ليس في ملكه ، فإنه لو كان في ملكه يجوز وإن لم يكن حاضراً إذا كان المشتري رآه قبل ذلك انتهى . قلت الظاهر أن هذا الحديث مركب من حديثين فحديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح

والقياس وإن كان ياباه ولكننا تركناه بما رويناه . ووجه القياس
أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه . قال وهو جائز في المكيلات
والموزونات لقوله عليه السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم إلى أجل معلوم

ما لم يضمن ولا تبع ما ليس عندك . وقال الترمذي حديث حسن صحيح ، وأما الرخصة
في المسلم فأخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن أبي المنهال عن ابن عباس رضي الله عنها قال
قدم النبي ﷺ المدينة والناس يسلفون في التمر السنتين والثلاث فقال من أسلف في شيء
فليسلف في كيل معلوم إلى أجل معلوم .

(والقياس وإن كان ياباه) أي السلم أي جوازه (ولكننا تركناه) أي القياس (بما
رويناه) وهو الحديث الذي ذكرنا الآن (ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المسلم (١)
فيه هو المبيع) وفي أكثر النسخ إذ المبيع هو المسلم فيه وهو معدوم وبيع موجود غير
مملوك أو مملوك غير مقدور التسليم لا يصح ، فبيع المعدوم أولى وأجدر وانعقد الإجماع
على جوازه باعتبار الحاجة والضرورة ، فإنه يحتاج إليه الفقير والغني لأنه ربما لا يكون
عنده عين مال يبيعها وينفق على نفسها فيحتاج إلى أخذ السلم والغني يحتاج إلى أن ينفق
على نفسه وعياله ، فيحتاج إلى الاسترباح يحصل بهذا الطريق أكثر مما يحصل بشراء
الأعيان ، لأن الأعيان تشتري بمثل والدين بأقل يأكل منه فجوز باعتبار الحاجة .

(قال) أي القدوري (وهو) أي السلم (جائز في المكيلات) يعني في كل كيل
(والموزونات) يعني في كل وزني (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (من أسلم
منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) هذا الحديث أخرجه الأئمة
الستة في كتبهم عن المنهال قال سمعت ابن عباس رضي الله عنهما ... الحديث ، وقد مضى
الآن ، ورواه أحمد في مسنده بلفظ فلا يسلف إلا في كيل معلوم . قال البيهقي قال الشافعي
رضي الله عنه معناه إذا أسلف أحدكم في كيل فليسلف في كيل معلوم وإن أسلف فليسلف

(١) إذ المبيع هو المسلم فيه - هامش .

والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير ، لأنها أثمان والمسلم فيه لا بد أن يكون مثمناً فلا يصح السلم فيهما . ثم قيل يكون باطلا . وقيل ينعقد بيعاً بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان ، والعبرة في العقود للمعاني ، والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك .

في وزن معلوم ، وإذا سمي أجلاً فليسلم أجلاً معلوماً .
(والمراد) أي مراد القُدوري في قوله (بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنها أثمان ، والمسلم فيه لا بد أن يكون مثمناً) لكونه مبيعاً (فلا يصح السلم فيهما) أي في الدراهم والدنانير ، صورته أن يسلم عشرة أذرع من الكرياس وغيره من المكييل والموزون في عشرة دراهم أو دنانير ، أما لو أسلم عشرة دراهم في عشرة دنانير لايجوز بالإجماع ، لأنه ربا . واختلف المشايخ في السلم في الدراهم والدنانير ، أشار المصنف إلى بيانه بقوله (ثم قيل يكون باطلاً) أي يكون السلم باطلاً ، وهو قول عيسى بن إبان . وقال الكاكي هذا الاختلاف فيما إذا أسلم الحنطة أو غيرها من المعروض . وفي المبسوط لو أسلم الحنطة في الذهب والفضة لايجوز عندنا ، وعند الشافعي في القدر يجوز ، وبه قال مالك بناء على أن النقد يصلح أن يكون مبيعاً عنده ، ولكن ذكر في كتبهم أنه يصح مطلقاً ويذكر ستة أصناف ، النوع واللون والجودة وانه حديث أو عتيق وصغار أو كبار ، وعندنا لا يصح .

(وقيل ينعقد بيعاً) وهو قول أبي بكر الأعمش فعنده ينعقد بيعاً (بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بقدر ^(١) الإمكان ، والعبرة في العقود للمعاني) لا للألفاظ (والأول) وهو قول عيسى بن إبان (أصح لأن التصحيح) أي تصحيح العقد (إنما يجب في محل أوجبا) أي البائع والمشتري (العقد فيه) وهو الدراهم والدنانير (ولا يكن ذلك) أي تصحيحه في محل آخر ، لأنها لم يوجب العقد فيه .

(١) بحسب - هامش .

قال وكذا في المذروعات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ، ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم ،

(قال) أى القدورى (وكذا) أى يجوز (في المذروعات) ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة (لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع) أى طولاً وعرضاً (والصفة والصنعة ولا بد منها) أى من الصفات الثلاث (لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم) والتفاوت اليسير بعدها غير معتبر لأنه لا يفيض إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم . وفي المجتبى والقياس أن لا يجوز السلم في المذروعات كالثبات والحصر والبوارى لتعذر قبولها في الذمة ، ولهذا لا يضمن بالمثل بالاستهلاك كالجواهر ، لكن ترك ذلك بإجماع الفقهاء ، انتهى . وقيل ألحقت المذروعات بالمكيلات والموزونات بدلالة النص ، لأن قوله عليه السلام من أسلم منكم ... الحديث يقتضي الجواز في المكيلات والموزونات باعتبار التسوية في التسليم على ما وصف في المسلم فيه ، والتسوية تتحقق في المذروعات فيجوز إلحاقها بها بطريق الدلالة .

فإن قيل إنما يجوز العمل بالدلالة إذا لم يعارضه عبارة النص ، وهاهنا عبارة قوله عليه أفضل الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك نافية لإلحاقها بهما ، لأن تلك العبارة لما خصصت بالكيلي والوزني بالحديث المحصر الجواز فيهما وبقي ما وراءهما تحت نفي عبارة قوله عليه السلام لا تبع ... الحديث ، والمذروع فيما وراءهما فلا يصح العمل بالدلالة . قلنا هذا الذي ذكرته حجة عليك ، لأن العام من الكتاب إذا خص منه البعض لا يبقى الباقي حجة أصلاً عند الكرخي ، فكيف في السنة ، وعلى القول المختار إن بقي حجة ولكن مرتبته دون مرتبة القياس وخبر الواحد ولا شك أن دلالة النص أقوى من القياس وخبر الواحد ، فلم يكن . ذلك العام معارضاً للدلالة ، فبقيت الدلالة سالمة عن المعارض فيجوز السلم في المذروعات والعديدات الثابت بها مساوياً لما ثبت بالنص أو أقوى .

وفي الإيضاح جواز السلم في الثياب بطريق الاستحسان ، لأنها مصنوع العبد ، والعبد يصنع بالآلة ، فإذا اتخذ الآلة والصانع يتخذ المصنوع فلا يبقى بعد ذلك إلا قليل تفاوت ، وإذا احتمل في المعاملات دون الاستهلاكات ، ألا ترى أن الأب إذا باع مال ولده الصغير بغبن يسير كان متحملاً ، ولو استهلك شيئاً يسيراً يجب عليه ضمانه .

وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض ، لأنه العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه ، والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس على إهدار التفاوت . وبخلاف البطيخ والرمان ، لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً ويتفاوت الآحاد في المالية بعرف العددي المتفاوت . وعن أبي حنيفة « رح ، أنه لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية ،

(وكذا) أي وكذا يجوز السلم (في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز واللوز والبيض ، لأن العددي المتقارب) وهو ما لا يتفاوت آحاده بالقيمة ويضمن بالمثل (معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه ، والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس على إهدار التفاوت) فإن المساحة تجري فيما بينهم في صغيرة وكبيرة ، فإنك لا ترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين ، وإنما تفاوت إذا عد في المالية وذلك التفاوت يفوت بذكر النوع ، ولهذا جوزوا السلم في الباذنجان والكاغد عدداً ، وبه قال الشافعي ، وفي شرح الطحاوي صغير البيض وكبيره سواء بعدان كان من جنس واحد . وقال الشافعي يجوز السلم في كل المعدودات المتقاربة والمتفاوت وزناً وهل يجوز كيلاً له ، فيه وجهان . وقال في الجوز واللوز يجوز وزناً ولا يجوز كيلاً ، وقال الأوزاعي في العدديات المتفاوت وبه مثل مذهبتنا ، واسمه عبد الرحمن بن عمرو . وفي وجيز الشافعية ولا يكفي العد في المعدودات ، بل لا بد من ذكر الموزون .

(بخلاف البطيخ والرمان ، لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً) فإنك ترى بطيخاً بدرهم وبطيخاً بدرهمين ، وبين الضابط في معرفة العددي المتفاوت عن المتفاوت بقوله (ويتفاوت الآحاد ، في المالية بعرف العددي المتفاوت) أي بتفاوت آحاد المعدودي في المالية دون الأنواع يعرف العددي المتفاوت وهو المروي عن أبي يوسف .

وأيد ذلك بقوله (وعن أبي حنيفة أنه) أي أن السلم (لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية) وقال الاترازي وتفسير العددي المتفاوت ما نقل عن أبي يوسف

ثم كما يجوز السلم فيها عدداً ويجوز كيلاً . وقال زفر « رح » لا يجوز كيلاً لأنه عددي وليس بمكيل ، وعنه انه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت . ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وثارة بالكيل وإنما صار معدوداً بالإصطلاح فيصير مكيلاً باصطلاحهما . وكذا في الفلوس عدداً . وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد لا يجوز لأنها أثمان . ولهما أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فيبطل باصطلاحهما

ما اختلف آحاده في القيمة واختلف أجناسه ، فلا يجوز السلم فيه وذلك كالدر والجواهر والآلء والادم والجلود والخشب والرؤوس والأكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها ، إلا إذا بين من جنس الجلود والادم والخشب والجذع شيئاً معلوماً وطولاً معلوماً وغليظاً معلوماً وأتى بجميع شرائط السلم والتحفة المتقاربة يجوز ، وكذا السلم في الجوالق والغدائر كذا في التحفة . وقال الكاكي والحد الفاصل بين التفاوت والمتقارب أن ما كان مستهلكة بالمثل يكون متقارباً وبالقيمة يكون متفاوتاً .

(ثم كما يجوز السلم فيه) أي في العددي المتقارب (عدداً) أي من حيث العدد (يجوز كيلاً) أي من حيث الكيل (وقال زفر « رح » لا يجوز كيلاً ، لأنه عددي وليس بمكيل وعنه) أي وعن زفر (أنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت) في الآحاد .

(ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وثارة بالكيل ، وإنما صار معدوداً باصطلاح فيصير مكيلاً باصطلاحهما) أي باصطلاح المتعاقدين ، فلا يفضي إلى المنازعة في التسليم والتسلم (وكذا) أي كذا يجوز السلم (في الفلوس عدداً) أي من حيث العدد وهو ظاهر الرواية (وقيل هذا) أي الجواب (عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز ، لأنها أثمان) والثن في السلم لا يجوز .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الثمنية في حقهما) أي في حق المتعاقدين (باصطلاحهما) لعدم ولاية الغير عليها (فيبطل باصطلاحهما) أي ولهما إبطال اصطلاحهما ،

ولا تعود وزنياً وقد ذكرناه من قبل ، ولا يجوز السلم في الحيوان . وقال الشافعي « رح » يجوز لأنه يصير معلوماً ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبهه الثياب ، ولنا أن بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة

فإذا بطلت الثمنية بقي مثنياً يتعين بالتعيين فجاز السلم (ولا تعود وزنياً) هذا رد لقول محمد أنها بعد الكساد يعود وزنياً لأنها قطع صفار موزونة (وقد ذكرناه من قبل) أي في باب الربا في مسألة بيع الفلاس بالفلسين .

(ولا يجوز السلم في الحيوان) سواء كان دابة أو رقيقاً ، وبه قال الثوري والأوزاعي (وقال الشافعي يجوز) وبه قال مالك وأحمد إلا في الخلفات ، فإن الخلفة اسم للمجهول الحال ولمعاد الحيوان المطلق بلا صفة ، فيجوز بالإتفاق . قلت الخلفة بفتح الخاء المعجمة وكسر اللام وبالفاء الحامل من النوق ، ويجمع على خلفات وخلائف ، وقد خلفت إذا حملت ، وأخلفت إذا حالت (لأنه) أي لأن الحيوان (يصير معلوماً ببيان الجنس) بأن قال ابل (والسن) بأن قال بنت مخاض أو جذع أو ثني (والنوع) بأن قال بنحيتي أو عربي (والصفة) بأن قال سمين أو هزال ، يعني يضبط ماليتة بهذه الاربعة والموصوف بمنزلة المراثي (والتفاوت بعد ذلك) أي بعد بيان هذه الاربعة (يسير) لقلته (فأشبه الثياب) في الجواز ، وقد ثبت ان النبي ﷺ أمر عمرو بن العاص أن يشتري بغيراً ببعيرين في تجهيز الجيش إلى أجل ، وانه ﷺ استقرض بكراً وقضاه رباعياً ، والسلم أقرب إلى الجواز من الاستقراض .

(ولنا أن بعد ذكر ما ذكر) أي من الجنس والسن والنوع والصفة (يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة) كالصباحة والملاحة والفصاحة والخلق الحسن والذهن والكياسة وحسن الشهرة والهلجة في الدواب وهي معنى سهل وشدة العدد ، فانك ترى عبيدين متفقين في الاوصاف المذكورة مع ذلك يساوي أحدهما ألفاً والآخر

فيفضي إلى المنازعة، بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت
الثوبان إذا نسجا على منوال واحد، وقد صح أن النبي عليه السلام
نهى عن السلم في الحيوان، ويدخل فيه

ألفين، قال الشاعر الارب :

فرد يعدل الالف زائد وألف ترام لا يساوون واحداً

وهذه معاني لا تضبط بالوصف، فبقي جهالة (فيفضي إلى المنازعة) فلا يحوز
(بخلاف الثياب) جواباً عن قياس الشافعي السلم في الحيوان على في الثياب فأجاب بأن
هذا القياس غير صحيح (لأنه) أي لأن الثياب، وتذكير الضمير باعتبار المذكور (مصنوع
العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد) لأن العبد إنما يصنع بآلة، فإذا
اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع، ولا يتفاوت في المالية إلا يسيراً، ولا يعتبر بذلك القدر
والحيوان صنع الله تعالى، وذلك يكون على ما يريد الله تعالى، فقد كان على وجه لا يوجد له
نظير، وفي مثله لا يحوز السلم بالإتفاق.

والجواب عن حديث عمرو بن العاص أنه كان قبل نزول آية الربا، أو كان في دار
الحرب ولا ربا بين المسلم والحربي فيها، وتجهيز الجيش وإن كان في دار الإسلام فنقل
الآلات في دار الحرب لعزتها في دار الإسلام يومئذ. والجواب عن الحديث الثاني أنه لم
يكن القرهن ثابتاً في ذمة رسول الله ﷺ بدليل أنه قضاء من إبل الصدقة والصدقة
حرام عليه، فكيف يحوز أن يفعل ذلك.

(وقد صح أن النبي ﷺ نهى عن السلم في الحيوان) هذا الحديث أخرجه الحاكم في
المستدرک والدارقطني في سننه عن إسحاق بن إبراهيم بن حربي حدثنا عبد الملك الذماري
حدثنا سفيان الثوري عن معمر عن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس رضي
الله عنهما أن النبي ﷺ نهى عن السلم في الحيوان، وقال الحاكم صحيح الإسناد ولم
يخرجاه، وقال ابن حبان إسحاق بن إبراهيم منكر الحديث جداً يأتي عن الثقات
بالموضوعات لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب (ويدخل فيه) أي في قوله في

جميع أجناسه حتى العصافير . قال ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع
للتفاوت فيها ، إذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها قال ولا في
الجلود عدداً ،

الحيوان (جميع أجناسه) أي أجناس الحيوان (حق العصافير) أي حق يدخل العصافير
أيضاً ، لا يقال النهي عن الحيوان في الوصف والمنتازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل
عمل النزاع ، لانا نقول أن محمد بن الحسن قد فسر هذا الحديث في أول كتاب المضاربة أن
ابن مسعود رضي الله عنها دفع مالا مضاربة إلى زيد بن خليفة فأسلمها زيداً إلى عتريث بن
عرقوب في قلائص معلومة ، وقال ابن مسعود اردد مالنا ، لا نسلم أموالنا في الحيوان ،
فعلم أن عدم جواز السلم في الحيوان لم يكن فيه باعتبار ترك الوصف ، لأن القلائص كانت
معلومة ، فكان المنع لكونه حيواناً لا يقال في كلام المصنف تسامح ، لان الدليل المذكور
بقوله ولنا منقوض بالعصافير ، لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب ،
بل من حيث جواب الخصم ، وأما الدليل على ذلك فهو السنة .

فان قلت السلم في الحيوان إنما لا يصح لتفاوت يعتبره الناس التفاوت من العصافير غير
معتبر ، فينبغي أن يحوز السلم فيها ، قلنا العبرة في المتصوص لعين النص لا للمعنى ،
والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان ، كذا في الكافي .

(قال) أي القدوري (ولا في أطرافه) أي ولا يحوز السلم أيضاً في أطراف الحيوان
(كالرؤوس والاكراع) وهو جمع كراع الشاة والبقر ، ويجمع على كراع أيضاً (للتفاوت
فيها ، إذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها) أي لا مقدر له لاختلافها بالصغر والكبر
والسمنى والهدال ، وتذكير الضائتر باعتبار المذكور ، ويقولنا قال الشافعي
في الاظهر .

(قال) أي القدوري (ولا في الجلود عدداً) أي لا يحوز السلم في الجلود أيضاً من
حيث العدد لانها عددية ، وفيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها إلى المنازعة ولا يتوهم
أنه يحوز وزناً لقيده عدداً ، لان معناه أنه عددي فحيث لم يحز عدداً لم يحز وزناً بالطريق
الاولى ، لانه لا يوزن عادة وبه قال الشافعي « رح » في الاظهر ، وقال مالك وأحمد في

ولا في الحطب حزمًا ، ولا في الرطبة جرزًا للتفاوت ، إلا إذا
عرف ذلك بأن يبين له طول ما يشد به الحزمة

قول يجوز السلم في الجلود والرؤوس والاكارع عددًا أو وزنًا . وفي الذخيرة ولو بين
الجلود ضربًا معلومًا يجوز السلم فيه (ولا في الحطب حزمًا) أي ولا يجوز السلم أيضًا
في الحطب من حيث الحزم وهو جمع حزمة ، قال في المجهرة كل شيء جمعه كالاضبارة فقد
حزمته ، ومنه سميت حزمة الحطب ، وإنما لا يجوز لكونه مجهولًا من حيث طوله
وعرضه وغلظه ، فان عرف ذلك جاز ، كذا في المبسوط (ولا في الرطبة جرزًا) أي
ولا يجوز السلم أيضًا في الرطبة من حيث الجرز بضم الجيم وفتح الراء بعدها الزاي ، أي
جمع جرزة وهي أي الحزمة والرطبة الاسفيست ، والجمع رطاب قاله في المغرب ، وهي
التي تسميها أهل مصر برسيما ، وأهل البلاد الشمالية مسخا . وفي الشامل لا خير في السلم
في الرطبة لأنها تباع حزمًا ويجوز في القت لأنه يباع وزنا . وفي المبسوط ولا يجوز أوقارًا ،
أي أحمالًا للجهالة (للتفاوت) أي لأجل التفاوت في عدد الجلود وحزم الحطب
وجرز الرطبة .

(إلا إذا عرف ذلك) هذا الاستثناء متعلق بمسألة الرطبة جرزًا ، لأن ما بعده من
كلام المصنف يدل على ذلك لا يخفى على المتأمل . قوله عرف يجوز فيه التخفيف والتشديد ،
فعلى التخفيف يكون على صيغة المجهول ، ويكون قوله ذلك في محل الرقع ، وهو إشارة
إلى ما ذكر من الجرز . وأما على التشديد من التعريف فعلى صيغة المعلوم والفاعل فيه فهو
الضمير الذي يرجع بالقرينة إلى المسلم إليه ، ويجوز أن يرجع إلى رب السلم ويكون قوله
ذلك حينئذ في محل النصب على انه مفعول عرف . ثم بين المصنف رحمه الله وجه
التعريف بقوله :

(بأن يبين له طول ما يشد به الحزمة) وكلمة أن مصدرية ، أي بيان طول ما يشد
به الحزمة ، ولفظ يبين أيضًا مجتمل الوجهين المعلوم والمجهول بحسب الوجهين المذكورين
في عرف ، فعلى كون عرف مجهولًا يكون لفظ يبين مجهولًا أيضًا ، وعلى كونه مشددًا
معلومًا يكون يبين أيضًا معلومًا ، والضمير في يرجع إلى رب السلم أو المسلم إليه كما

انه شبر أو ذراع ، فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت .
قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد
إلى حين الحل ، حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند الحل
أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز . وقال الشافعي
يجوز إذا كان موجوداً وقت الحل لوجود القدرة على التسليم
حال وجوبه .

ذكرنا الآن في عرف وقوله (أنه) بفتح الهمزة يدل على قوله طول وقوله (شبر) مرفوع
لأنه خبر أن ، وقوله (أو ذراع) عطف عليه ، وقوله (فعينئذ) أي حين يبين طول
ما يشد به الحزمة من كونه قدر شبر أو قدر ذراع (يجوز) أي السلم (إذا كان) أي
تشدد الحزمة (على وجه لا يتفاوت) أي ما يشد ، أما إذا كان يتفاوت كالشوك ونحوه
فلا يجوز لافضائه إلى المنازعة ، ولم أر أحداً من الشراح حرر هذا الموضوع كما ينبغي
فيحمد الله حرره كما هو المطلوب .

(قال) أي القدوري (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين
العقد إلى حين الحل) حاصل هذا أنه يشترط وجود المسلم فيه زمان العقد وزمان الحل
وفما بينهما (حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند الحل أو على العكس) فإن كان
موجوداً عند العقد ومنقطعاً عند الحل (أو منقطعاً) أي أو كان منقطعاً (فيما بين ذلك)
أي فيما بين وقت العقد ووقت الحل (لا يجوز) أي السلم عندنا ولعل المسألة أن السلم في
المنقطع لا يجوز عندنا .

(قال الشافعي يجوز إذا كان موجوداً وقت الحل لوجود القدرة) فإنه يقول يشترط
أن يكون وجوباً عند الحل فحسب ، وبه قال مالك وأحمد وإسحاق . وقال الكاكي
والشافعي يعتبر وجوده عند الحل ومالك عند العقد وعند الحل ، ولا ينقطع الانقطاع فيما
بين ذلك (وله) أي الشافعي (انه) أي ان المسلم فيه (على التسليم حال وجوبه) وهو
زمان حلول الأجل والمعجزة ، قيل ذلك لا يعتبر لانه ليس بأوان توجيه المطالبة .

ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثار حتى يبدو صلاحها
ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود
في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل . ولو انقطع بعد المحل قرب

(ولنا قوله عليه السلام) أى قول النبي ﷺ (لا تسلفوا في الثار حتى يبدو صلاحها) وهذا الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجه واللفظ له عن أبي إسحاق عن رجل ، قال قلت لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما ... الحديث ، وفي آخره ولا تسلفوا في نخل حتى يبدو صلاحها ، انتهى . وقال المنذرى في اسناده رجل مجهول ، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة أبي داود وقال اسناده منقطع . وأخرج الطبراني في الاوسط حديثاً عن أبي هريرة وفي آخره ولا تسلفوا في ثرة حتى يأمن عليها صاحبها العامة (ولأن القدرة على التسليم) أى على تسليم المسلم فيه (بالتحصيل) أى تحصيل المسلم فيه (فلا بد من استمرار الوجود) أى وجود المسلم فيه (في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل) ولا يقدر المسلم إليه على اكتساب المنقطع . وقول الشافعي القدرة على التسليم عند المحل موجودة . قلنا إنما تكون القدرة حينئذ موجودة إذا بقي التعاقد حياً إلى ذلك الوقت ، وفي بقائه حياً شك فلا تثبت القدرة بأمر مشكوك .

فان قال الاصل هو الحياة وما ثبت ينفي إلى أن يوجد دليل الزوال . قلنا الاصل يعتبر لإبقاء ما كان على ما كان ، والقدرة في الحال معدومة فلا يعتبر الأصل لاثبات شيء يوجد في المستقبل . وقال الولوالجي في فتاواه وحد الانقطاع ما قاله الفقيه أبو بكر البلخي أن لا يوجد في سوقه الذى يخبز يباع فيه ، وإن كان قد يوجد في البيوت . وفي مبسوط أبي اليسر ولو انقطع في إقليم دون إقليم لا يصح السلم في الإقليم الذى لا يوجد فيه ، لأنه لا يمكن احضاره إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وإن كان يوجد بسجستان .

(ولو انقطع بعد المحل) ذكر هذا تقريراً على مسألة القدوري أراد أن المسلم فيه كان موجوداً من وقت العقد إلى وقت المحل ثم انقطع بعد المحل ، أي بعد حلول الأجل (قرب

السلم بالخيار إن شاء فسخ السلم وإن شاء انتظر وجوده ، لأن
السلم قد صح والعجز الطارىء على شرف الزوال فصار كإباق المبيع
قبل القبض . قال^(١) ويجوز السلم في السمك المالح

السلم بالخيار إن شاء فسخ السلم (ويأخذ رأس المال (وإن شاء انتظر وجوده) أي
وجود السلم فيه (لأن السلم قد صح) ولكنه قد عجز عن التسليم (والعجز الطارىء
على شرف الزوال) فيتخير المعاهد (فصار) حكم هذا (كإباق المبيع قبل القبض) في بقاء
العقد ، وبقولنا قال الشافعي في الأصح . وقال زفر يبطل العقد وبه قال الشافعي في قول
وهو رواية عن الكرخي ويسترد رأس المال للعجز عن التسليم ، فصار كما لو ملك المبيع
قبل القبض في بيع العين . وقال الأكل رحمه الله وفي قوله والعجز الطارىء عن التسليم
على شرف الزوال إشارة إلى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه في هلاك المبيع في العجز
عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع ، وكذلك ها هنا . ووجه أن العجز عن التسليم إذا
كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لأنه غير ممكن الزوال عادة ، فيكون
القياس فاسداً .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ويجوز السلم في السمك المالح) قال الكاكي
السمك المالح بالفارسية - ما هي خشك - وفي المغرب سمك مليح ومملوح وهو المقدر
الذي فيه ملح ، ولا يقال سمك مالح إلا في لغة روية ، ولكن قال الشاعر :

بصرية تزوجت بصرياً أطعمها المالح والطريا

وقال الإمام الزرنوجي^(٢) وكفى بذلك حجة للفقهاء . قلت قال ابن دريد سمك

(١) « نسخة » قال ولا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه وزناً معلوماً
وضرباً معلوماً لأنه ينقطع في زمان الشتاء ، حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً ، وإنما
يجوز وزناً لا عنداً لما ذكرنا . وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في لحم الكبار منهم وهي التي
تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عنده - هامش .

(٢) في الأصل الزرنوخي ، والصحيح أنه بالجيم كما ورد في معجم المؤلفين ،

أ هـ مصححه .

وزناً معلوماً وضرباً معلوماً لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف
مقدور التسليم ، إذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عدداً للتفاوت
قال ولاخير في السلم في السمك الطري إلا في حينه وزناً معلوماً
وضرباً معلوماً ، لأنه ينقطع في زمان الشتاء ، حتى لو كان في بلد
لا ينقطع يجوز مطلقاً ، وإنما يجوز وزناً لا عدداً لما ذكرنا . وعن
أبي حنيفة أنه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتباراً
بالسلم في اللحم عنده

وملح ملبح ولا فلتلتر ^(١) تلتفتن إلى قول الآخر يطعمها المالح والطريا ذلك مولد لا يؤخذ
بلفته . وقال في ديوان الأذنب ملح القدر طرح الملح فيها بقدر ، فعلى هذا يجوز أن يقال
سمك مملوح (وزناً معلوماً) أي من حيث الوزن المعلوم (وضرباً معلوماً) أي من حيث
الضرب ، أي النوع المعلوم (لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم ، إذ هو)
أي لأن السمك (غير منقطع) عن الوجود .

(ولا يجوز السلم فيه) أي في السمك (عدداً) أي من حيث العدد (للتفاوت)
أي لتفاوت آحاده ، فإن قيد الصغير والكبير . وقال صاحب التحفة فأما السلم في
السمك فقد اضطربت عبارة الروايات عن أصحابنا في الأصل والنوادر ، والصحيح من
المذهب أن السلم يجوز في السمك الصغير وزناً وكيلاً ، ويستوي فيه المالح والطري في
حينه ، وأما الكبار ففيه روايتان عن أبي حنيفة في ظاهر الرواية يجوز كيفما كان . وفي
رواية أبي يوسف في كتاب الأمالي عنه أنه لا يجوز ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يجوز
في ظاهر الرواية كما في اللحم . وفي رواية أخرى عنها لا يجوز ، بخلاف اللحم . وقال
محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة لا يجوز السلم في السمك الطري . إلا
أن يكون في حينه ضرباً معلوماً ، قال الفقيه أبو الليث السمرقندي رحمه الله تعالى ، قال

(١) هكذا رسم الكلام في الأصل .

قال ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة . وقالوا إذا
وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز ، لأنه موزون
مضبوط الوصف ، ولهذا يضمن بالمثل

بعض الناس هذا الحرف خطأ يعني قوله في حينه ، لأن السمك صيد والصيد لا يكون له
حين ففي كل وقت يمكن صيده ، ثم قال الصحيح ما ذكره في الكتاب ، لأن صفة
الانقطاع أن لا يوجد في الأسواق والسمك الطري ربما يوجد في السوق ، ربما لا يوجد
فإن السلم في وقت يوجد في السوق جاز السلم ، وإن أسلم في وقت لا يوجد في
السوق لا يجوز .

(قال ولا خير في السلم في اللحم) أي لا يجوز السلم في اللحم (عند أبي حنيفة
رضي الله عنه) وعن العلامة شمس الأئمة الكردي رحمه الله أن المجتهد إذا استخرج
حكماً بالرأي ، فإن كان في حيز عدم الجواز يقول لا خير ، وإن كان في حيز الجواز
يقول لا بأس تحرراً عن القطع في حكم الله تعالى بالرأي . وفي المبسوط وإنما قال لا خير
لأنه مختلف في قول أبي حنيفة . وقال الأكل خبر نكرة وقعت في سياق النفي فيفيد
نفي أنواع الخبر بعمومه ، ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة .

(وقالوا) أي وقال أبو يوسف ومحمد (إذا وصف) أي رب السلم (من اللحم موضعاً
معلوماً بصفة معلومة جاز) يعني إذا بين جنسه ونوعه وصفه وموضعه كشاة خصى
لشء سمين من الجنب أو الظهر مائة من ربه ، قال الشافعي « رح » في الحقائق والعيون
والفتوى على قولها (لأنه) أي لأن اللحم (موزون) في عادة الناس (مضبوط الوصف)
ببيان هذه الأشياء . وفي المبسوط قيل لا خلاف بينها وبين أبي حنيفة ، بل جواب أبي
حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وما لا يجوز أن ذلك أيضاً وجوبهما فيما إذا بينا
موضعاً معلوماً ، وأبو حنيفة يجوز ذلك أيضاً ، والأصح أن الخلاف ثابت وأن عنده لا
يجوز السلم وإن بين موضعاً معلوماً ، وعندهما يجوز إذا بينا موضعاً معلوماً (ولهذا)
أي ولاجل كونه موزوناً مضبوط الوصف (يضمن بالمثل) في زمان العدوان إذا أتلفه
الفاصل يضمن المثل وزناً وما فيه من العظم غير مانع لجوازه لأنه ثابت بأصل الخلقة

ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل ، بخلاف لحم الطيور ،
لأنه لا يمكن وصف وموضع منه وله أنه مجهول للتفاوت في قلة
العظم وكثرته أو في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة ، وهذه
الجهالة مفضية إلى المنازعة ، وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه
الثاني وهو الأصح والتضمنين بالمثل ممنوع

كالنوى في التمر ، وهذا يجوز السلم في الإلية وإن كانت لا تخلو عن أدنى عظم ، ويجوز
السلم في الشحم والإلية بالإجماع ، لأنه موزون معلوم الوصف (ويجوز استقراضه) أي
استقراض اللحم (وزنا) أي من حيث الوزن (ويجري فيه ربا الفضل) بعلقة الوزن
(بخلاف لحم الطيور) فإنه لا يجوز السلم فيه (لأنه لا يمكن وصف وموضع منه)
لقلة لحمه .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أنه) أي إن اللحم (مجهول للتفاوت في قلة العظم
وكثرته) فيؤدى إلى المنازعة (أو في سمنه) أي للتفاوت في سمنه (وهزاله) لأن هذا
يختلف (باختلاف فصول السنة) وبقلة الكلا وكثرته (وهذه الجهالة) أشار به إلى الجهالة
في الوجهين (مفضية إلى المنازعة) والمفضى إلى المنازعة مانع (وفي مخلوع العظم لا يجوز
على الوجه الثاني) وهو وجه الثمن والهزال . قال صاحب المختلف وهو رواية أبي شجاع
عن أبي حنيفة (وهو الأصح) أي وهذا الأصح ، لأنه لا يجوز أن يكون الحكم حلالاً
بعلتين ولا يلزم من انتفاء إحدى العلتين انتفاء الحكم (والتضمنين بالمثل ممنوع) هذا جواب
عن قولهما ، ولهذا يضمن بالمثل بالمتع وبعد التسليم ، فالمثل أعدل من القيمة ، لأن فيه
رعاية الصورة والمعنى .

وقال الإمام ظهير الدين كان والذي يقول إن كان اللحم نضيجاً فهو من ذوات القيم ،
وإن كان نيئاً ففيه روايتان . وذكر في الجامع الكبير ولو أن رجلاً غصب من رجل لحماً
فشواه ثم جاء إنسان واستحق ذلك لا يسقط ضمان الغصب ، وكان للغصب منه أن
يضمنه قيمة اللحم . وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير قول محمد في

وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعـدل من القيمة ، ولأن
القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته ، أما الوصف فلا
يكتفى به . قال ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً . وقال الشافعي يجوز
حالاً لإطلاق الحديث ورخص في السلم .

هذه المسألة كان للمغصوب منه أن يضمـنه قيمة اللحم ، نص على أن اللحم مضمون بالقيمة
دون المثل ولا توجد الرواية أنه من ذوات القيم وليس بمثلي إلا في هذا الموضع ، يعني في
الجامع الكبير ، ولهذا قال صاحب الفتاوى الصغرى تضمين اللحم بالمثل قولهما ، ثم قال
ورأيت وسط غصب المنتفي روى أبو يوسف عن أبي حنيفة إذا استهلك لحماً كان
عليه قيمته .

(وكذا الاستقراض) أي ممنوع أيضاً وزناً (وبعد التسليم) أي وبعد تسليم
الجواز في التضمين بالمثل (فالمثل أعـدل من القيمة) لأن الأصل في ضمان العدوان المائلة في
مثل الشيء صورة ومعنى ، فيكون أعـدل من القيمة لأنها مثل معنى لا صورة (ولأن
القبض) يعني في الاستقراض (يعاين) فيقبض حالاً فترتفع الجهالة فلا تفضى إلى المنازعة ،
وهو معنى قوله (فيعرف مثل المقبوض به في وقته) لأن القبض محسوس معاين (أما الوصف
فلا يكتفى به) أي السلم يقع على الموصوف في الذمة ، ولا يكتفى بالوصف عند العقد لا
يعرف الوجود عند المحل ، فلا يكتفى به لبقاء الجهالة المفضية إلى المنازعة .

(قال) أي القدوري (ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً) يعني السلم الحال وهو السلم بغير
أجل لا يجوز عندنا ، وبه قال مالك وأحمد (وقال الشافعي يجوز حالاً) وفي بعض
النسخ وقال الشافعي يجوز أي السلم بدون الأجل ، وبه قال عطاء وأبو ثور واختاره ابن
المنذر . وصورة السلم الحال أن يقول أسلمت عشرة في كـر حنطة ولم يذكر الأجل
(لإطلاق الحديث) وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان
(ورخص في السلم) فالنبي ﷺ أجاز السلم مطلقاً ، فاشتراط التأجيل زيادة
على النص .

ولنا قوله عليه السلام إلى أجل معلوم فيما رويناه ، ولأنه شرع رخصة
دفعاً لحاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدّر على التحصيل فيه
فيسلم ، ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي

(ولنا قوله عليه السلام إلى أجل معلوم فيما رويناه) يعني في أوائل الباب وهو قوله عليه السلام
من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ، وقد مر الكلام فيه
هناك . وقد شرط رسول الله ﷺ الأجل كما ترى .

فإن قيل معناه من أراد سلباً مؤجلاً فليسلم إلى أجل معلوم ، وبه نقول ، والحصر
ممنوع ، وحينئذ لم يبق مفيداً فيحمل عليه المطلق ، والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم
ووزن معلوم فإنه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد ، فكان معناه في كيل
معلوم إن كان كيلياً ، ووزنه معلوم إن كان وزنياً فيقدر إلى أجل معلوم إن كان مؤجلاً .
الجواب أن قضية العقد كفت مؤنة التمييز ، فلا حاجة إلى التقدير ، لأنه خلاف الأصل
سلبناه ، ولكن لا يلزم من تحمل المذخور لضرورة تحمله ولا لضرورة في التقدير في الأجل
لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيحتمل التقدير لأجله ، لأن قوله رخص في السلم يدل على
جوازه بطريق الرخصة وهي إنما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال ، على أن
سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الأجل فلي تأمل .

(ولأنه) أي ولأن السلم (شرع رخصة دفعاً لحاجة المفاليس ، فلا بد من الأجل
ليقدر) أي المسلم إليه (على التحصيل) أي تحصيل المسلم فيه (فيه) أي فيه الأجل
الذي عيناه ليحصل (فليسلم) أي المسلم إليه بعلم المسلم فيه (ولو كان قادراً على
التسليم) في الحال لم يوجد المرخص ، لأن الرخصة شرعت لعذر مع قيام المانع وهو بيع
المعدوم والعذر هو العجز عن التسليم ، ولو قدر على تسليمه (لم يوجد المرخص) فيه وهو
عجز المسلم إليه (فبقي على النافي) وهو قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك .

فإن قيل لو كانت شرعية السلم دفعاً لحاجة المفاليس لكان اختصاص بحالة الإفلاس ،
لأنه يثبت على خلاف القياس فيقتصر عليه وليس كذلك ، ألا ترى أنه يجوز بيع الحنطة

قال ولا يجوز إلا بأجل معلوم لما روينا ، ولأن الجهالة فيه
مفضية إلى المنازعة كما في البيع والأجل أدناه شهر ، وقيل ثلاثة أيام ،
وقيل أكثر من نصف اليوم

سلما وعنا . أكرار حنطة . قلنا إن الشيء لا يباع سلما إلا بإذنه الثمين والتاجر لا يبيع
إلا للربح ، فذاك البيع بأدنى التمييز على أنه لا يبيع إلا للعجز عن الربح ولا عجز إلا
بأن يجعل ما عنده مستغرقا لحاجته ، ولأن حقيقة العدم أو باطني لا يمكن الوقوف عليه
حقيقة ، والشرع بنى هذه الرخصة على العدم ، فيبنى على السبب الظاهر الدال على العدم
ليمكننا تعليق الحكم به والبيع بالخسران دليل العدم . والجواب عن الحديث الذي استدل
به الشافعي أنه يدل على جواز السلم بطريق الرخصة والضرورة ، ونحن نقول به ،
ولكن لا ضرورة في سلم الحال لأنه إن كان قادراً انتفتت الضرورة وإن لم يكن قادراً
انتفى الغرض والمقصود .

فإن قلت معاوضة محضة فلا يكون التأجيل فيها شرطاً كما في بيع الأعيان . قلت
يبطل ذلك بالكتابة عند الخصم ، فإنه يشترط الأجل فيها ويبطل أيضاً بالسلم المعلوم .
(قال) أي القدوري (ولا يجوز) أي السلم (إلا بأجل معلوم لما روينا) وهو قوله
عليه السلام من أسلم منكم ... الحديث ، وفيه إلى أجل معلوم وقد مر في أوائل الباب ، وبه
قال الشافعي وأحمد . وقال مالك يجوز الأجل إلى الحصاد لعدم إفضائه إلى المنازعة غالباً
(ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع) فيفسد المقدم بها (والأجل أدناه شهر)
قال صاحب التحفة لا رواية عن أصحابنا في المبسوط في مقدار الأجل ، واختلفت
الروايات عنهم ، والأصح ما روي عن محمد أنه مقرر بالشهر ، لأنه أدنى الأجل وأقضى
العاجل (وقيل ثلاثة أيام) أي أدنى المدة ثلاثة أيام ، وهو قول الشيخ أبي جعفر أحمد
ابن أبي عمران الشيخ الطحاوي اعتباراً للأجل بالخيار الذي ورد الشرع بتقديره ثلاثة
أيام ، وهو رواية عن محمد . وفي شرح الجمع وهذا ليس بصحيح ، لأن الثلاث هناك أقسى
المدة وأدناه غير مقدر ، وهكذا في الإيضاح (وقيل أكثر من نصف اليوم) وبه قال أبو بكر
الرازي وبعض أصحاب زفر رحمه الله ، لأن المعجل ما كان مقبوضاً في المجلس والمؤجل

والاول أصح . ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه ، معناه لا يعرف مقداره ، لانه يتأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر من قبل . ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاص مثلاً ، فإن كان مما

ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينها في العادة أكثر من نصف يوم . وفي الذخيرة عن الكرخي أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في التأجيل فيه ، فإن كان قدر ما أجل أحد يؤجل مثله في العرف والعادة يجوز السلم (والاول أصح) أي تقدير أجل بشهر هو الاصح . وقال الصدر الشهيد في طريقته المطولة ، والصحيح ما رواه الكرخي أنه مقدار ما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه .

(قال) أي القدوري (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) وقال المصنف (معناه لا يعرف مقداره) يعني إذا كان لا يعرف مقدار المكيال والذراع لا يجوز (لانه يتأخر فيه التسليم) أي تسليم المسلم فيه (فربما يضيع) لجواز الهلاك فيعجز عن التسليم (فيؤدي إلى المنازعة) وفي شرح الطحاوي ولم أعلم قدره بملء هذا الإثاء لم يعجز إذا كان لا يدري كم يسع فيه ، بخلاف بيع العين ، فإنه إذا قال بعت منك من هذه المصيرة بملء هذا الإثاء بدرهم يجوز ، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال لا يجوز بيع العين أيضاً ، ولا يدري كم يسع في الإثاء . وقيل هذا إذا كان الإثاء من حديد أو خشب أو خزف أو ما أشبه ذلك فيما لا يحتمل الزيادة والنقصان ، فأما إذا كان الإثاء يحتمل الزيادة والنقصان كالزئيل والجوالق والقرارة وما أشبه ذلك فإنه لا يجوز بيع العين أيضاً ، إلا أن أبا يوسف استحسّن قرب الماء وإجازة ، وإن كان يحتمل الزيادة والنقصان وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء هذه القرية وعليها جاز البيع فيه (وقد مر من قبل) أي في أول كتاب البيوع في مسألة ويجوز البيع بإثاء معينة .

(ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاص مثلاً ، فإن كان مما

ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في
قرب الماء للتعامل فيه ، كذا روي عن أبي يوسف . قال ولا في
طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر
على التسليم ، وإليه أشار عليه السلام ، حيث قال أرأيت لو أذهب
الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه

ينكبس) من كبس النهر أي طمه (بالكبس كالزنبيل) بكسر الزاي وسكون النون
وكسر الباء الموحدة وسكون الياء آخر الحروف وبالإلام ، ويقال الزنبيل بدون النون
كذا في بعض النسخ ، وفي المغرب والصحاح والزنبيل بالفتح بدون التشديد وبالكسر مع
التشديد ، لأنه ليس في كلام العرب فقليل بالفتح (والجراب) بكسر الجيم (لا يجوز
للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه ، كذا روي عن أبي يوسف) وقد مر
بيانه الآن .

(قال) أي القدوري (ولا في طعام قرية بعينها) أي ولا يجوز السلم في طعام
قرية بعينها لاحتمال الإنقطاع عنها (أو ثمرة نخلة بعينها) ولا يجوز السلم أيضا في ثمرة
نخلة بعينها (لانه قد يعتريه) أي تصيبه (آفة سماوية فلا يقدر) حينئذ (على التسليم ،
وإليه) أي إلى هذا المعنى (أشار عليه السلام) أي أشار النبي ﷺ (حيث قال أرأيت
لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه) هذا الموضع يحتاج إلى تحرير شاف
ولم أر أحداً من الشراح حرر هذا الموضع كما ينبغي ، والمصنف استدلل بهذا الحديث لما
ذكره القدوري وليس بمستقيم ، لان هذا الحديث بهذا اللفظ ورد في البيع كما أخرجه
البخاري ومسلم عن حميد عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمر النخل
تزهو . فقلت لانس ما زهوها ، قال تحمر وتصفّر أرأيتك إن منع الله الثمرة بم تستحل
مال أخيك ، ولم يعرف ورود هذا الحديث في السلم .

وقال الاترازي وقال في شرح الطحاوي ولا يجوز السلم في طعام من موضع بعينه ،
لانه ورد فيه الخبر وهو ما روى عن النبي ﷺ أنه سئل عن السلم في ثمر فلان فقال

ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا
كالخشمراقي ببخارى والبساخي بفرغانة . قال ولا يصح السلم
عند أبي حنيفة «رح» إلا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا
حنطة أو شعير ، ونوع

أما من ثمر حائط فلان فله ، أرأيت لو أذهب الله ثمره فم يستحل أحدكم مال أخيه ،
فنهى عن ذلك ، انتهى ، ولم يبين من الذى رواه من الصحابة ومن الذى استخرجه من
أصحاب الصحاح أو السنن ، أفيرضى الخصم بذلك .

فإن قلت في الصحيحين عن أنس رضي الله عنه أيضا ان النبي ﷺ قال إن لم يثمرها
الله فما يستحل أحدكم مال أخيه ، فهل يؤخذ باطلاق هذا اللفظ فيدخل فيه السلم أيضا .
قلت الظاهر أنه يصرف إلى البيع ولا يؤخذ منه السلم ، لان الروایتين أعني الاولى التي
رواها حميد وهذه الرواية حديث واحد وردوه في البيع . قوله أرأيت
معناه أخبرني .

(ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة) أى لبيان أن صفة تلك الحنطة التي هي
المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة لا لتعيين المكان ، لان المراد الجودة (لا
بأس به على ما قالوا) أى على ما قال المشايخ (كالخشمراقي) أى كالحنطة المنسوبة إلى
الخشمراقي بضم الخاء وسكون الشين المعجمتين وضم الميم وبالراء وفي آخره نون ، وهي
قرية من قرى بخارى ، ونبه عليه المصنف بقوله (ببخارى) وبخارى مدينة مشهورة بما
وراء النهر (والبساخي) أى كالحنطة المنسوبة إلى بساخ بكسر الباء الموحدة وبالسين
المهملة وبعد الألف خاء معجمة ، وهي قرية من قرى فرغانة نبه عليه بقوله (بفرغانة)
بفتح الفاء وسكون الراء وبالغين المعجمة وبعد الألف نون مفتوحة وهاء ، وهي بلدة وراء
الشاش ، وشاش بالمعجمتين مدينة وراء جيحون .

(قال) أي القدوري (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط) وفي بعض
النسخ بسبعة ، والأصح هو الأول (جنس معلوم كقولنا حنطة أو شعير) والثاني (ونوع

معلوم كقولنا سقية أو بخسية ، وصفة معلومة كقولنا جيد
ورديء ، ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلاً بمكيال معروف ،
أو كذا وزناً وأجل معلوم . والأصل فيه ما روينا ، والفقهاء فيه
ما بينا . ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على
مقداره كالمكيل والموزون والمعدود ،

معلوم كقولنا سقية (أي سقيته) ، وفي المغرب السقية ما يسقى سحاً (أو بخسية) بفتح
الباء الموحدة وسكون الحاء المعجمة وكسر السين المهملة وتشديد الياء آخر الحروف
وبالهاء ، وهي الحنطة المنسوبة إلى البخس ، وهي الأرض التي تسقيها السماء لأنها مبخوسة
الحظ من الماء . والثالث هو ما ذكره بقوله (وصفة معلومة كقولنا جيد أو رديء)
وأشار إلى الرابع بقوله (ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلاً بمكيال معروف ، أو كذا وزناً)
وأشار إلى الخامس بقوله (وأجل معلوم) وهذه خمسة متفق عليها ، فلذلك ذكرها
مقتصرأ عليها ولم يذكر السادس والسابع عقيب هذه الخمسة للاختلاف فيها ، وذكرها
بعد بعض ألفاظ وبين الخلاف فيها .

(والأصل فيه) أي في اشتراط الشرائط المذكورة (ما روينا) وهو قوله عليه
السلام من أسلم منكم ... الحديث وقد مضى (والفقهاء فيه ما بينا) أي الجهالة فيه
مفضية إلى النزاع (ومعرفة مقدار رأس المال) هذا هو الشرط السادس من الشروط
السبعة التي شرطها أبو حنيفة وهو عطف على قوله وأجل معلوم . وقوله والأصل فيه
ما روينا والفقهاء ما بينا جل معترضة بين المعطوف والمعطوف عليه . وقيد بقوله (إذا
كان) أي رأس المال (يتعلق العقد على مقداره) احترازاً عما لا يتعلق العقد بمقداره
كالمدروعات ، فإنه يجب فيه بيان مقداره عند أبي حنيفة وعندهما أيضاً ، وهو قول
مالك وأحمد أيضاً ، وبه قال الشافعي في قول ، وبين قوله إذا كان العقد يتعلق بمقداره
(كالمكيل) من المكيلات (والموزون) من الموزونات (والمعدود) من المعدودات ،
ووجب في كل منها إعلام مقداره وإن كان مشار إليه ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي

وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة
وقال لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً ، ولا إلى مكان
التسليم ويسلمه في موضع العقد ، فهاتان مسألتان . ولهما في الأولى
أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والاجرة ، فصار كالثوب

في قول ، وهو مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ، وقول الفقيه من الصحابة رضي الله
عنهم مقدم على القياس .

(وتسمية المكان) هو الشرط السابع وهو عطف على قوله ومعرفة مقدار رأس المال
(الذي يوفيه) أي المسلم (فيه) أي في المكان (إذا كان له حمل) بالفتح ذكره في
المغرب ، وهو مصدر حمل الشيء يعنون به ماله ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر واجرة حملاً
(ومؤنة) أي كلفة ، وهذا أن الشرطان من السبعة عند أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي
« رح » في وجه .

(وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً)
أي إذا كان مشأراً إليه لا يحتاج إلى تسمية قدره (ولا) أي ولا يحتاج أيضاً (إلى مكان
التسليم) أي إلى بيان مكان تسليم المسلم فيه (ويسلمه) أي المسلم إليه المسلم فيه (في
موضع العقد) وبه قال أبو حنيفة أولاً والشافعي « رح » في الأصح واختاره المزني .
وقال أحمد لا يجب ذكر بيان مكان الإيفاء ولو ذكره فهل يبطل السلم عنه روايتان
(فهاتان مسألتان) أي المسألتان اللتان فيهما اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه .

(ولهما) أي ولأبي يوسف ومحمد « رح » (في الأولى) أي في المسألة الأولى ، وهي
إعلام مقدار رأس المال (أن المقصود) أي من إعلام مقدار رأس المال القدرة على التسليم
وهي (يحصل بالإشارة) إلى العين ، فيعني ذلك عن الإعلام بالقدر (فأشبه الثمن) يعني
في البيع (والاجرة) يعني في الاجارة يعني إذا جعل المكبل والموزون ثمن المبيع أو
اجرة في الاجارة ، وأشار إليهما جاز ، وإن لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي أن يكفي
بالإشارة في رأس المال يجمع كونه بدلاً (وصار كالثوب) أي وصار هذا كما إذا كان

وله أنه ربما يوجد بعضها زيوفاً ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمحقق لشرعه مع المنافي ،

رأس المال ثوباً فإن الإشارة فيه يكفي اتفاقاً وإن لم يعرف ذرعانه .
(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أنه ربما يوجد بعضها زيوفاً) ثابت لفظ بعضها ليس له وجه ، لأن المراد إذا وجد بعض رأس المال زيوفاً (ولا يستبدل في المجلس) أي في مجلس الرد (فلو لم يعلم قدره) وفي بعض النسخ فلو لم يعرف قدره ، أي قدر رأس المال (لا يدري في كم بقي) بعد إخراج الزيوف وإذا كان معلوماً بوزن الزيوف ، فيعلم في كم انتقص ، وتحقيقه أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه ، لأن المسلم إليه يتحقق رأس المال شيئاً فشيئاً وربما يجد بعض ذلك زيوفاً ، ولا يستبدل له في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده ، فإذا لم يكن مقدار قدر رأس المال معلوماً لا يعلم في كم انتقص السلم ، وفيكم بقي فجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق ، فكذا ما يستلزمها ، وهكذا إذا استعق بعض رأس المال يفسخ العقد بقدره (أو ربما) إشارة إلى وجه آخر لفساده (لا يقدر) أي المسلم إليه (على تحصيل المسلم فيه ، فيحتاج إلى رد رأس المال) لأنه ليس لرب السلم حينئذ إلا رأس ماله ، وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك . فان قيل ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص .

أجاب المصنف رحمه الله عن ذلك بقوله (والموهوم في هذا العقد كالمحقق لشرعه) أي لشرع السلم (مع المنافي) إذ القياس يخالفه ، ألا ترى أنه إذا أسلم بمكيال رجل بعينه لم يحز لتوهم هلاك ذلك المكيال وجوده إلى الجهالة .

فان قيل هذا اعتبار لشبهة الشبهة ، وذلك أن وجود بعض رأس المال زيوفاً فيه شبهة واحتمال ، لانه يحتمل أن لا يجد زيوفاً وهو الظاهر ، وبعد وجود الرد محتمل وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد محتمل ، والمعتبر الشبهة دون النازلة عنها وهي شبهة الشبهة .

بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً ، لأن الذرع وصف فيه لا يتعلق
العقد على مقداره ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس
مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما .
ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ،

قلنا هذه شبهة واحدة لأن كلا منها مبني على وجوده زيوفاً فكان شبهة واحدة فيعتبر .
(بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً) هذا جواب عما قاسه عليه الثوب وتقريره أن
الثوب الذي جعل رأس المال الذي قاسا المتنازع فيه عليه لا يصح (لأن الذرع وصف
فيه) أي في الثوب المعين (لا يتعلق العقد على مقداره) ولهذا لو وجده زائداً على المسمى
سلم له الزيادة مجاناً ، ولو وجده ناقصاً لم يحط شيئاً من الثمن وليس كلامنا في ذلك ، وإنما
هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياساً بالفارق ولم تجب على الثمن والأجرة أن الدليل
تتضمن ذلك ، فإن البيع والإجارة لا ينفسخان برد الثمن والأجرة وترك الاستبدال في
مجلس الرد .

(ومن فروعه) أي ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال (إذا أسلم في
جنسين) بأن قال أسلمت إليك عشرة دراهم في كره حنطة وكر شعير ، أو في ثوبين مختلفين
(ولم يبين رأس مال كل واحد منهما) فعنده لا يجوز ، وعندهما يجوز (أو أسلم من
جنسين) بأن قال أسلمت إليك هذه الدراهم العشرة ، وهذه الدنانير أو على العكس (ولم
يبين مقدار أحدهما) أي الدنانير أو الدراهم العشرة ، وهذا فعند أبي حنيفة لا يجوز ،
وعندهما يجوز لما أن إعلام رأس المال شرط عنده والمالية تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار
القيمة وطريق معرفة الحرز فلا يكون مقدار رأس كل واحد منهما معلوماً ، وكذلك في
المسألة الثانية كذا في المبسوط .

(ولهما) أي ولأبي يوسف ومحمد رحمهما الله (في الثانية) أي في المسألة الثانية (أن
مكان العقد يتعين) أي للإيفاء ، لأن مكان العقد مكان الإلزام متعين لإيفاء ما التزمه
في ذمته لوضع الاستقراض والاستهلاك (لوجود العقد الموجب للتسليم فيه) أي في مكان

لأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الامكان في
الأوامر ، وصار كالقرض في الأوامر ، وصار كالقرض والغصب .
ولأبي حنيفة أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين ، بخلاف
القرض والغصب ، وإذا لم يتعين

العقد ، وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بيمينها ، فان التسليم يجب في موضع العقد
(ولأنه) أي ولأن مكان العقد (لا يزاحمه مكان آخر) لعدم ما يوجب ما هو
كذلك (فيه فيصير نظير أول أوقات الامكان في الأوامر) لان الجزء الاول يتعين
للسببية لعدم ما يزاحمه ، وهذا على قول الكرخي في الامر المطلق ، فانه يتعين وجوب
الاداء في أول أوقات الممكنة عنده (وصار كالقرض والغصب) فانه يتعين مكان القرض
والغصب للتسليم بالإجماع . قال الاكل رحمه الله ونوقض بما إذا باع طعاما وهو في السواد ،
فانه روي عن محمد أن المشتري إن كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له ، وإن لم يعلم فله
الخيار ، ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بأن مكان العقد لو تعين
لبطل العقد ببيان مكان آخر كما في بيع العين ، فان من اشترى كر حنطة وشرط على
البائع الحمل إلى منزله يفسد عقده ، سواء اشتراها في مصر أو خارجة يجنسه أو بخلاف جنسه .
والجواب على النقص أن مكان البيع يتعين للتسليم إذا كان البيع حاضراً والبيع في
السلم حاضر لانه في ذمة المسلم إليه وهو خاص في مكان العقد ، فيكون المبيع حاضراً
بمحضوره ، وفيه نظر ، لان فيه قيداً لم يذكر في التعليل ، ومثله بعد انقطاعا . وعن
المعارضة بأن التمين بالدلالة فإذا جاء صريح بخالفها يبطلها ، وإنما فسد في بيع العين ، لانه
قابل الثمن بالمبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة .

(ولأبي حنيفة ان التسليم) أي تسليم السلم فيه (غير واجب في الحال) لاشتراط
الاجل بالإتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال (فلا يتعين) مكان العقد فيه
للتسليم (بخلاف القرض والغصب) والاستهلاك ، فان تسليمها ليستحق بنفس الالتزام
فيتعين موضعه (فإذا لم يتعين) أي مكان العقد للإيفاء بقي مكان الإيفاء مجهولاً

فالجهالة فيه تقضي إلى المنازعة ، لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان ، فلا بد من البيان ، فصار كجهالة الصفة ، وعن هذا قال من قال من المشايخ أن الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة . وقيل على عكسه لأن تعيين المكان قضية العقد عندهما . وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة

(فالجهالة فيه تقضي إلى المنازعة ، لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان) ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن والمسلم إليه يسلمه في اختلاف القيم ذلك (فلا بد من البيان) دفعا للمنازعة (فصار كجهالة الصفة) يعني خلال إن اختلاف الصفة في المسلم فيه تختلف القيمة ، فكذلك باختلاف المكان تختلف أيضا ، ثم مع جهالة الصفة لا يجوز السلم فكذلك لا يجوز مع جهالة المكان لهذا المعنى فلا بد من البيان .

(وعن هذا) أي عن هذا الذي قلنا ، وهو اختلاف المكان كجهالة الصفة (قال من قال من المشايخ ، أن الاختلاف فيه) أي في مكان الإيفاء (عنده) أي عند أبي حنيفة (يوجب التحالف كما في الصفة) أي كما إذا اختلفا في صفة الجودة والرداءة في أحد بدلي السلم (وقيل على عكسه) أي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم إليه ، وعنهما يتحالفان هكذا ذكر الخلاف القدوري وصاحب الإيضاح وصاحب الكفاية ، لأن المكان يتعين عندهما ، وهو معنى قوله (لأن تعيين المكان قضية العقد) أي مقتضاه (عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد ، فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد ، وعنده لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الأجل ، والاختلاف فيه لا يوجب التحالف .

(وعلى هذا الخلاف) وهو انه هل يشترط بيان مكان إيفاء الثمن في بيع العين إذا كان له حمل ومؤنة (الثمن) صورته جعل المكيل أو الموزون ديناً في الذمة ثمناً في البيع يشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما (والأجرة) صورته منصوص في كتاب الإجازات إذا كان الشيء الذي جعل اجراً ديناً ولحملة مؤنة عند أبي حنيفة

والقسمة، وصورتها إذا اقتسمها داراً وجعلها مع نصيب أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة . وقيل لا يشترط ذلك في الثمن ، والصحيح أنه يشترط إذا كان مؤجلاً وهو اختار شمس الأئمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للإيفاء . قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع لأنه لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه .

لا يصح إلا بتعيين مكان الإيفاء ، وعندهما يجوز من غير تعيين كما يجيء الآن (والقسمة وصورتها إذا اقتسما داراً وجعلها مع نصيب أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة) يشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة ، وعندهما لا يشترط ويتعين مكان القسمة (وقيل لا يشترط ذلك) أي بيان مكان الإيفاء (في الثمن) عند الكل (والصحيح أنه) أي أن بيان مكان الإيفاء (يشترط إذا كان مؤجلاً) عند أبي حنيفة (وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي) وبه قال الشافعي .

(وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد (يتعين مكان الدار) في إجارة الدار (ومكان تسليم الدابة) في إجارة الدابة (للإيفاء) أي لأجل إيفاء الإجرة . (قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (وما لم يكن له حمل ومؤنة) كالمسك والكافور والزعفران وصفار اللؤلؤ (لا يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع) أي بإجماع الأئمة الأربعة وأصحابهم (لأنه) أي لأن ما ليس له حمل ومؤنة (لا يختلف قيمته) لأن الأماكن كلها سواء والمال لا يختلف باختلاف الأماكن فيما لا حمل ولا مؤنة ، وإنما تختلف بعبارة الوجود وكثرة رغبات الناس وقلتها . وقيل ما لم يكن له حمل ومؤنة هو الدين لو امرأساناً بحمله إلى مجلس القضاء مجاناً وقيل هو ما يمكن دفعه بيد واحدة (ويوفيه) أي يوفي المسلم إليه المسلم فيه (في المكان الذي أسلم فيه) لأنهم اتفقوا على أن بيان مكان الإيفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ، ولكن هل يتعين مكان العقد للإيفاء فيه روايتان .

قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع ، وذكر في
الإجازات أنه يوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح ، لأن الأماكن
كلها سواء ولا وجوب في الحال ، ولو عينا مكاناً قيل لا يتعين
لأنه لا يفيد . وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق .
ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لأنه مع تبين أطرافه
كبقعة واحدة فيما ذكرنا .

أشار المصنف إليهما بقوله (قال رضي الله عنه) أي المصنف رحمه الله (وهذا) أي
قوله ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه (رواية الجامع الصغير والبيوع) أي بيوع الأصل وهو
المبسوط (وذكر في الإجازات) أي في كتاب الإجازات (أنه يوفيه في أي مكان شاء)
أي المسلم إليه (وهو الأصح) أي المذكور في الإجازات هو الأصح ، وبه قال الشافعي
في الأصح (لأن الأماكن كلها سواء) وقد ذكرناه الآن (ولا وجوب في الحال) جواب
عن سؤال ، وهو أن يقال يجوز أن يتعين مكان العقد ضرورة وجوب التسليم ،
فقال لا يجب التسليم في الحال ليتعين ضرورة اعتباره (ولو عينا مكاناً) أي فيما لا حمل له
ولا مؤنة (قيل لا يتعين لأنه) أي لأن التعين (لا يفيد) حيث لا يلزم بثقله مؤنة
(سقوط خطر الطريق) لرب السلم .

(ولو عين المصر) أي رب السلم (فيما له حمل ومؤنة يكتفي به) وفي بعض النسخ
يكتفي به ، أي يتعين المصر (لأنه) أي لأن المصر (مع تبين أطرافه كبقعة واحدة)
أي كمكان واحد ، لأن القيمة لا تختلف باختلاف المصر عادة ، حتى قيل هذا إذا لم
يكن المصر عظيماً ، فلو كان بين نواحيه فرسخ ولم يبين ناحيته منه لا يجوز ، لأن هذه
جهالة مفضية إلى المنازعة ، كذا في المحيط (فيما ذكرنا) قال الكاكي أي في اختلاف
القيمة . وقال الأثرابي قوله فيما ذكرنا ، أي المصر مع تبين أطرافه كبقعة واحدة في
القيمة ، حيث لا يختلف باختلاف الحال ، وهذا لودفع المال مضاربة ليعمل بالكوفة كان
له أن يعمل في أي مكان شاء منها ، وقال الأكل ومما ذكرنا من أنه لا يختلف قيمته

قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه ، أما إذا كان من النقود فلائنه افتراق عن دين بدين ، وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي وإن كان عيناً فلأن السلم أخذ عاجلاً بآجل إذ الإسلام والاسلاف يبينان عن التعجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم . ولأنه لا بد من تسليم رأس المال

باختلاف المحلة . وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي الثمن والأجرة والقسمة .

(قال) أي القدوري (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أي في المجلس ، والمراد منه المفارقة بالأبدان ، ألا ترى إلى ما قال في شرح الطحاوي تسليم رأس المال ليس بشرط في مجلس العقد ، وإنما تسليمه جعل إلى المسلم إليه شرطاً قبل الافتراق بالأبدان ، ألا ترى أنهما لو تعاقدتا عقد السلم ومكثتا بعد ذلك يوماً إلى الليل ولم يقبض أحدهما عن صاحبه ، ثم أسلم رأس المال وافتراقا صح السلم . واعلم أن تسليم رأس المال قبل المفارقة شرط .

(أما إذا كان في النقود) مثل الدراهم والدنانير وافتراقا قبل قبض رأس مال السلم فإنه لا يصح (فلائنه افتراق عن دين بدين) وذلك لا يجوز (وقد نهى النبي ﷺ عن الكالي بالكالي) وهذا الحديث قد تقدم أي النسبة بالنسبة (وإن كان) أي رأس المال (عيناً) كالتبر والمصوغ والثوب والحيوان (فلأن السلم أخذ عاجلاً بآجل) لأنه عقد تثبت الملك في الثمن عاجلاً ، وفي الثمن آجلاً ، فاشتراط تعجيل رأس المال يستحق به المعنى الذي وضع له الاسم (إذ الإسلام والاسلاف يبينان عن التعجيل) لأن السلم أخذ عاجلاً بآجل ، والسلم فيه آجل ، فيجب أن يكون رأس المال عاجلاً ليكون حكمه على وقف ما يقتضيه اسمه كما في الصرف والحوالة والكفالة ، فإن هذه العقود تثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة ، كذا في المبسوط ، فإذا كان الاسم كذلك (فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم) أي اسم السلم أو السلف .

(ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب) أي ليتصرف (المسلم إليه فيه) أي في رأس

ليتقلب المسلم إليه فيقدر على التسليم ، ولهذا قلنا لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط ، لهما أو لاحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الإنعقاد في حق الحكم ، وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لأنه غير مفيد . بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض . ولو أسقط

المال (فيقدر) بالنصب عطفًا على ليتقلب (على التسليم) إذا كان فيه الشرط لهما (ولهذا) إيضاح لاشتراط قبض رأس مال السلم (قلنا لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما) أي للمتعاقدين (أو لأحدهما) أي أو كانت خيار الشرط لأحدهما (لأنه) أي لأن خيار الشرط (يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الإنعقاد في حق الحكم) وهو ثبوت الملك (وكذلك لا يثبت فيه) أي في السلم (خيار الرؤية لأنه غير مفيد) إذ فائدة الخيار رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة ، فإذا رد المقبوض عاد ديناً كما كان ، لأنه لم يرد عين ما تناوله العقد ، لأن العقد لم يتناول هذا المقبوض ، وإنما تناول مثله ديناً في الذمة فلا يفسخ العقد برده ، بل يعود حقه في مثله ، فإذا لم يقد فائدته لا يثبت ، بخلاف بيع العين ، فإنه لو رد العين بخيار الرؤية يفسخ العقد ، لأنه رد عين ما تناوله العقد فيفسخ العقد برده ، كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله . وقال الأترازي قوله وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية فيه إشكال ، لأن الضمير في قوله فيه إما أن يراد به رأس المال أو السلم فيه ، فلا يجوز الأول لأن خيار الرؤية ثابت في رأس المال ، وبه صرح في التحفة ، ولا يجوز الثاني أيضاً لأنه لا يرتبط به الكلام ، لأن سوق كلامه أن تسليم رأس المال شرط قبل المفارقة ، وأوضح ذلك بعدم صحة السلم بخيار الشرط ، ويبقى قوله وكذا لا يثبت خيار الرؤية فيه أجنبياً ، انتهى . وقال الأكمال انه يعود إلى المسلم فيه ، وذكره واستطرد ويجوز أن يعود إلى رأس المال .

(بخلاف خيار العيب . لأنه لا يمنع تمام القبض) لأن تمام العقد يتعلق بتمام الصفقة وتمام الصفقة يتعلق بتمام الرضى ، والرضى تام وقت العقد ، كذا في المبسوط (ولو

خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز ، خلافاً لزفر
« رح » وقد مر نظيره ، وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام
رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله ، وبيان مكان
الإيفاء والقدرة على تحصيله ، فإن أسلم مائتي درهم في كر حنطة
مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد ، فالسلم في حصة الدين
باطل لفوات القبض ،

اسقط) أي رب السلم (خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم) أي والحال أن رأس المال
قائم في يد المسلم إليه (جاز) أي السلم عندنا ، وإنما قيد بأن يكون رأس المال قائماً ، لأنه إذا
أسقط خياره بعد هلاك رأس المال في يد المسلم إليه وانفاقه لا يعود السلم جائزاً بالإجماع
(خلافاً لزفر « رض ») والشافعي ومالك أيضاً (وقد مر نظيره) أي مر نظير هذا في
باب البيع الفاسد وهو أنه إذا باع لأجل مجهول كالخصاد والدياس ونحوهما ثم تراضيا
باسقاط الأجل قبل الأجل جاز عندنا خلافاً لهم .

(وجملة الشروط) أي جملة شروط السلم (جمعوها) أي جمعها المشايخ (في قولهم
إعلام رأس المال) هو مشتمل على بيان جنسه وقدره وصفته (وتمجيله) المراد به
التسليم قبل الافتراق (واعلام المسلم فيه) أي وفي اعلام المسلم فيه ، وهو مشتمل على
بيان الجنس والنوع والصفة والقدر (وتأجيله) يعني أجل معلوم (وبيان مكان الإيفاء)
أي وفي بيان مكان إيفاء المسلم فيه (والقدرة على تحصيله) أي في القدرة على تحصيل
المسلم فيه ، وهو أن لا ينقطع ، وهذه الشروط مر بيانها جميعها عند قوله ولا يصح السلم
عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط .

(فإن أسلم) وفي نسخة تاج الشريعة ومن أسلم (مائتي درعم في كر حنطة) قال
الانرازي الكر ستون قفيزاً ، والقفيز ثمانية مكاكيك ، والمكوك صاع ونصف ، وفي الجامع
الصغير جاء الكر اسم لأربعين قفيزاً كذا في المغرب (مائة منها دين على المسلم إليه ،
ومائة نقد ، فالسلم في حصة الدين باطل) وبه قال الشافعي « رض » (لفوات القبض)

ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ، ولا يشيع الفساد ، لان
الفساد طارىء ، إذ السلم وقع صحيحاً ، ولهذا لو نقد رأس المال
قبل الإفتراق صح ، إلا انه يبطل بالافتراق لما بينا ، وهذا لان الدين
لا يتعين في البيع ، ألا ترى انهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن
لا دين لا يبطل البيع فينعتقد صحيحاً .

في قدر الدين ، إذ العقد لا يتعلق بالدين المضاف إليه ، وإنما ينعتقد بمثله ، وهو غير مقبوض
(ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه) أي شرائط السلم (ولا يشيع الفساد) جواب
عن قول زفر ، فإنه يقول يشيع الفساد ويبطل العقد في حصة النقد ايضاً ، لأن هذا
فساد قوي تمكن في صلب العقد فيفسد به الكل . وقال المصنف ما يشيع الفساد (لأن
الفساد طارىء) لأنه ما اقترن بأصل العقد ، لأن كونه ديناً عفو في المجلس ، ألا ترى
أنهما لو أخرا التسليم والتسليم إلى آخر المجلس يكون العقد صحيحاً (إذ السلم وقع صحيحاً ،
ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح) السلم (إلا انه يبطل بالافتراق لما بينا) إشارة
إلى قوله وقد نهى النبي ﷺ عن الكالي (وهذا) إشارة إلى قوله إذ المسلم وقع صحيحاً
(لأن الدين لا يتعين في البيع) لأن النقود لا تتعين في المعقود إذا كانت عيناً ، فكذا إذا
كانت ديناً ، فصار الإطلاق والتقييد سواء .

(ألا ترى أنهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فينعتقد صحيحاً)
ويستدل بهذه المسألة على أن الدين لا يتعين بإضافة العقد إليه ، فيكون الإطلاق والتقييد
فيه سواء . وفي النهاية إنما قيد بقوله مائة منها على المسلم إليه ، لأنه لو كان ديناً على
الأجنبي والمسألة بحالها يشيع الفساد في الكل ، لأنها ليست بمال في حقهما ، ومذهبنا
مروي عن ابن عباس .

فإن قيل هذا منقوض بثلاث مسائل ، إحداها أن الرجل إذا قال إن بعث هذا
العبد بهذا الكر من الحنطة وبهذه الدراهم فهما في المساكين صدقة فباعه بهما يحنث
بالكر والدراهم ، وهذا آية تمين النقود . وثانيها أن الرجل إذا باع ديناراً بعشرة فنقد

قال ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض ، أما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ، وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ،

الدينار ولم يقبض العشرة ، حتى اشترى بالعشرة ثوباً فالبيع فاسد . ثالثاً أن الرجل إذا باع عيناً بدين وهما يعلمان أن لا دين فالبيع فاسد ولو كان الإطلاق والتقييد سواء لجاز العقدان ولما حنث في المسألة الأولى .

قلنا أما الأولى فنحن ندعي أن النقود لا تتعين في العقود استحقاقاً لا جوازاً فلا يلزم لأنها تتعين جوازاً للإستحقاق . وأما الثانية فلانتقاص الصرف باختلاف الجنس بالاستعمال بالمقد الآخر ، فيتحقق البيع بلا ثمن . وأما الثالثة فإنما لم يجز البيع لمكان الهازل به ، لأن هذا بيع بلا ثمن ، فيكون منهما تهازلاً به وهي تتعين في حق الجواز .

(قال) أي القدوري (ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) هذا باتفاق الفقهاء (أما الأول) أي التصرف في رأس مال السلم قبل القبض (فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد) لأن قبض رأس المال في المجلس حق الله تعالى والتصرف يبطله ، وإنما شرط القبض احترازاً عن الكالي بالكالي ، فلو جاز التصرف فيه بالبيع والهبة والوصية ونحوها فأت الشرط .

(وأما الثاني) وهو التصرف في المسلم فيه قبل القبض (فلأن المسلم فيه مبيع ، والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز) أما لو دفع إليه أردأ أو أجود برضى المسلم إليه جاز ، لأنه جنس حقه فلم يكن استبدالاً ، ولو أبرأه عنه فقبل يبطل العقد لعدم القبض ، ولو رد البراءة لم تبطل والتخلية فيه قبض عند محمد وخلافاً لأبي يوسف ، وإنما قيد بقوله قبل القبض احترازاً عما بعد القبض ، ولهذا قال في شرح الطحاوي ولا بأس أن يبيع رب السلم سلمه بعد قبضه إياه مرابحة على رأس المال ، وأن يبيعه تولية ، وأن يبيعه مواضعة ، وأن يشرك فيه غيره .

ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه ، لأنه تصرف فيه فإن
تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال
شيئا ، حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ إلا سلك
أو رأس مالك

(ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه) قبل قبضه (لأنه) أي لأن كل واحد من الشركة
والتولية (تصرف فيه) أي في المسلم والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز ، وهذا أيضاً من لفظ
القدوري ، وإنما خصها بالذكر بعدما عمها بقوله ولا يجوز التصرف .. إلى آخره ،
لأنهما أكثر وقوعاً من المراجعة والمواضعة ، وقيل احترازاً عن قول البعض انه يجوز عنده
التولية في بيع العين والسلم ، وحكي ذلك عن مالك .

(فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً آخر ، حتى
يقبضه كله) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورة المسألة فيه محمد بن يعقوب عن
أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كر حنطة فتقايلا
السلم ، فأراد رب السلم أن يشتري برأس مال السلم شيئاً قبل أن يقبضه ، قال ليس له
ذلك ولا يجوز شراؤه . قوله لم يكن له أن يشتري . وفي الإيضاح هذا الاستعسان
والقياس لا يجوز ، وهو قول زفر والشافعي لأنها لما تقايلا بطل السلم ، وبقي رأس المال
ديناراً في حصته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ، لأنه لا يجب قبضه في المجلس ، ودليلنا
قول المصنف رحمه الله (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (لا تأخذ إلا سلكاً أو
رأس مالك) لم أر أحداً من الشراح بين حال هذا الحديث ، غير أن الأتزازي قال واحتج
أصحابنا بما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ من
أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره ، ورواه الترمذي في علله الكبرى ، وقال لا أعرفه
مرفوعاً من هذا الوجه ، وهو حديث حسن .

ورواه ابن ماجه في سننه عن عطية عن النبي ﷺ مرسلًا ولم يذكر منه أبا سعيد ،
ورواه الدارقطني في سننه بلفظ فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله ، وهذا قريب من

أي عند الفسخ ، ولأنه أخذ شيئاً بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه ، وهذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث ، ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه فجعل رأس المال مبيعاً ، لأنه دين مثله ،

لفظ المصنف . وروى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر رضي الله عنها قال إذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلفت فيه (أي عند الفسخ) هذا تفسير من المصنف ، والمعنى لا تأخذ إلا سلك ، أي المسلم فيه حال قيام العقد أو رأس مالك عند الانقضاء إذ لا يمكنه أخذه حال قيام العقد ، فقد جعل حق رب السلم أخذ السلم فيه وبعده أخذ رأس المال .

(ولأنه) أي ولأن رأس المال (أخذ شيئاً بالمبيع ، فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه) أي في رأس المال قبل قبضه (وهذا) أي كونه مشابهاً للمبيع (لأن الإقالة بيع جديد) أي بيع ابتداء (في حق ثالث) أي غير المتعاقدين (ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه) أي بالإقالة ، هذا جواب سؤال ، وهو أن يقال لم لا يجوز أن يجعل بيعاً جديداً في جانب المسلم فيه حتى لا يكون لرأس المال جهة كونه مبيعاً ، فقال لا يمكن جعله مبيعاً لسقوطه لأنه دين يثبت بالسلم ويسقط بالإقالة ، ولهذا أن الإقالة في باب السلم لا تحتل النقض بعد وقوعها لسقوط المسلم فيه عن الذمة ، فلو صح بنقضها لعاد المسلم فيه واجباً ، والساقط لا يعود (فجعل رأس المال مبيعاً لأنه دين مثله) أي مثل المسلم فيه ، وجعل الدين مبيعاً ليس بمحال فجعل رأس المال مبيعاً ضرورة إذ لو لم يجعل مبيعاً تبطل الإقالة ألا ترى أنها لو تقايلا في باب البيع وملك المبيع بعد الإقالة قبل القبض تبطل الإقالة ، وهما لما تقايلا سقط والمسلم فيه ، وصار كالحالك ، فلو لم يجعل رأس المال مبيعاً لبطلت الإقالة وقد صحت هاهنا ، فلا بد من قيام العقود عليه وليس ذلك إلا رأس المال لسقوط المسلم فيه ، إلا أنه لا يجب جواب سؤال وهو أن يقال لو كان هذا بمنزلة بيع جديد وجب أن يقبض رأس المال في المجلس ، لأن إقالة بيع السلم بمنزلة بيع السلم وفيه القبض شرط وبالإجماع لا يجب قبضه في المجلس .

إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس ، لأنه ليس في حكم الإبتداء من كل وجه ، وفيه خلاف زفر « رح » ، والحجة عليه ما ذكرناه . قال ومن أسلم في كرحنطة فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كراً وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء ، وإن أمره أن يقبضه فاكتاله له

فأجاب بقوله (إلا أنه) أي أن رأس المال (لا يجب قبضه في المجلس لأنه) أي لأن الإقالة على تأويل تصرف الإقالة (ليس في حكم الإبتداء) أي ابتداء عقد المسلم (من كل وجه) لأن المسلم عقد من كل وجه ، والإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث ، فكان عقداً من وجه (وفيه) أي وفي جمل رأس المال بعد الإقالة مبيعاً (خلاف زفر « رح ») والشافعي أيضاً ، فإنها يقولان لو تقايلا السلم واشترى رب السلم برأس المال شيئاً قبل القبض يجوز ذلك ، وهو القياس لأنها لما تقايلا ارتفع العقد وعاد الملك في الدراهم على قديم الملك ، فجاز الاستبدال عنه ، ولهذا لم يجب قبضه في المجلس فصار كدين القرض والغصب .

(والحجة عليه) أي على زفر (ما ذكرناه) أي من الحديث والمعقول ، أما الحديث فهو قوله عليه السلام لا تأخذ إلا سلك أو رأس مالك ، وأما المعقول فهو ما ذكره من قوله ولأنه أخذ شياً بالمبيع ... إلى آخره ، وقد مر بيانه .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أسلم في كرحنطة فلما حل الأجل) أي أجل السلم (اشترى المسلم إليه من رجل كراً) وهو ستون قفيزاً (وأمر رب السلم بقبضه) أي بقبض الكر الذي اشتراه من رجل (قضاء) أي لأجل القضاء لحقه (لم يكن قضاء) أي لم يكن إذا لحقه ، وفي الثاني إذا أمره بقبضه فاقضاه رب السلم لم يكن قبضاً عن المسلم فيه حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم هلك من مال المسلم إليه (وإن أمره أن يقبضه له) أي وإن أمر المسلم إليه رب السلم أن يقبضه ، أي بقبض السلم فيه لأجل السلم إليه (ثم يقبضه فاكتاله) أي لأجل السلم

ثم اكتاله لنفسه جاز ، لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل
فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى
يجري فيه صاعان ، وهذا هو محل الحديث على مامر ، والسلم
وإن كان سابقاً لكن قبض المسلم فيه لاحق ، وأنه بمنزلة ابتداء البيع ،

إليه (ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل) أحدهما صفقة عقد
السلم ، والثانية هي الصفقة التي جرت بين المسلم إليه مع رب السلم (فلا بد من الكيل
مرتين لنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان) تقدم هذا الحديث في
للمرابحة والتولية (وهذا هو محل الحديث) يعنى معنى قوله عليه السلام حتى يجري فيه
صاعان هو محل الحديث ، يعنى اجتماع الصفقتين المذكورتين (على مامر) في الفصل
الذي بعد باب الماربة والتولية ، وهو قوله ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على
ما نبين .

والأصل في هذا أن العقد إذا وقع مكايلة أو موازنة لم يجز للمشتري أن يتصرف
حتى يعيد الكيل أو الوزن ثانياً للحديث المذكور ، وهو ما رواه ابن ماجة في سننه عن
جابر رضي الله عنه قال نهى النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان ، صاع
للبياتع وصار المشتري والسلم بيع بشرط الكيل فيشترط الكيل ثانياً ، لأنه إذا كاله ثانياً
وبما يزيد على قدر الكر فلا تسلم له الزيادة ، فلو جاز التصرف قبل الكيل ثانياً يلزم
التصرف في مال الغير وهو حرام .

(والسلم وإن كان سابقاً) هذا جواب عما يقال ببيع المسلم إليه مع رب المسلم كان
سابقاً على شراء المسلم إليه من بائعه ، فلا يكون المسلم إليه بائعاً بعد المشتري فلم تتحقق
الصفقة الثانية ليدخل تحت النهي . وتقرير الجواب القول بموجب العلة سلمنا ذلك ، ولكن
السلم وإن كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بائعه (لكن قبض المسلم فيه لاحق) في
التقدير فتجتمع الصفقتان في التقدير (وأنه) أي وإن قبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء
البيع) تحقيق هذا ما قاله المقبوض في مسائل السلم غير المسلم فيه حقيقة ، فباعتبار

لأن العين غير الدين حقيقة وإن جعل عينه في حق حكم خاص
وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء ، وإن لم يكن سلباً
وكان قرضاً فأمره بقبض الكر جاز ، لأن القرض إعارة ولهذا
ينعقد بلفظ الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقاً حكماً ، فلا
تجتمع الصفقتان .

هذه الحقيقة لم يكن المقبوض عين ما تناوله المقعد فلا بد من طريق يجعل بذلك الطريق
كأنه عين المقعد عليه ، وذلك بأن يجعل عند القبض كأنهما جدداً ذلك المقعد على المقبوض ،
وإنما قال بمنزلة ابتداء البيع ، لأن المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين ،
وهو معنى قوله (لأن العين غير الدين حقيقة) وهو ظاهر ، وقوله (وإن جعل) كلمة ان
واصلة بما قبله ، أي وإن جعل الدين (عينه) أي وإن جعل المقبوض عين الدين (في حق
حكم خاص وهو حرمة الاستبدال) لأنه لو لم يجعل في حق الاستبدال عينه يلزم استبدال
المبيع قبل قبضه ، وإذا لا يجوز . وإذا جعل الدين عين المقبوض الذي هو الدين ضرورة
حرمة الاستبدال فلا يتعدى ، فبقي ما وراءه كالبيع (فيتحقق البيع بعد الشراء) أي
بيع السلم إليه من رب المسلم بعد شراء المسلم إليه من بائعه بشرط الكيل ، فقد اجتمعت
الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل .

(وإن لم يكن) أي الكر (سلباً وكان قرضاً فأمره) أي فأمر المستقرض القرض
(بقبض الكر جاز ، لأن القرض إعارة ، ولهذا) أي ولأجل كون القرض إعارة
(ينعقد) أي القرض (بلفظة الإعارة) بأن يقول أعرتك هذا المبلغ من الدراهم أو
الدنانير ، فإذا كان إعارة (فكان المردود عين المأخوذ) أي عين المقبوض (مطلقاً) أي سواء
كان في حق الاستبدال أو غيره (حكماً) أي تقديراً ، ولا يلزم تقليد الشيء بجنسه
نسبة ، وهو ربا ، فإذا كان كذلك (فلا تجتمع الصفقتان) فيكتفى بكيل واحد . وفي
الشامل في كل موضع وجد عقدان لا يكتفى بكيل واحد وإن كان بحضرة الآخر وفي
كل موضع وجد عقد واحد يكتفى فيه بكيل واحد ، وكذلك إذا اشترى موازنة لا يتصرف

قال ومن أسلم في كرفأمر رب السلم أن يكيه المسلم إليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قبضاً لأن الأمر بالكيل لم يصح ، لأنه لم يصادف ملك الأمر ، لأن حقه في الدين دون العين ، فصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر منه ، وقد جعل ملك نفسه فيها ، فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيساً ليزنها المديون فيه لم يصير قابضاً ، ولو كانت الحنطة مشتراً

مالم يستزنه ، فإن اشترى مجازفة أو أخذ قرضاً جاز أن يترك الكيل والوزن . ولو اشترى المحدود عدداً هل يشترط العد ثانياً ، فيه روايتان .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أسلم في كرفأمر رب السلم أن يكيه المسلم إليه في غرائر رب السلم) الغرائر جمع غرارة بكسر الغين المعجمة ، قال الجوهرى الغرارة واحدة الغرائر التي للتبين وما أظنه عربياً (ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن قبضاً) أي قبضاً يريد به إذا كان الطعام عيناً ، وإنما قيد بقوله وهو غائب لأنه إذا كان حاضراً صار المسلم إليه قابضاً سواء كان الغرائر له أو للبائع أو كانت مستأجرة ، وبه صرح الفقيه أبو الليث رحمه الله ، وإنما لم يكن قضاء (لأن الأمر بالكيل لم يصح ، لأنه لم يصادف ملك الأمر) لأنه تناول عيناً مملوكة للبائع (لأن حقه) أي حق رب السلم (في الدين دون العين) لأن جعل العين وهو وصف ثابت في الذمة في غرائر رب السلم محال . وحقه في العين إنما يتحقق بالقبض ولم يوجد (فصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر منه) أي من رب السلم (وقد جعل ملك نفسه فيها) أي وقد جعل المسلم إليه ملك نفسه في الغرائر فلم يصير رب السلم قابضاً حتى إذا هلك الكر هلك من مال المسلم إليه وبقي الدين في ذمته كما كان .

(فصار) أي رب السلم (كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه) أي فدفع الدائن إلى المديون (كيساً ليزنها المديون فيه) أي في الكيس (لم يصير قابضاً) بوزنه فيه (ولو كانت الحنطة مشتراً) بأن اشترى حنطة بعينها (والمسألة بجاهها) وهي

والمسألة بحالها صار قابضاً ، لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه ، لأنه ملك العين بالبيع . ألا ترى انه لو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم إليه ، وفي الشراء للمشتري لصحة الأمر ، وكذا إذا أمره أن يصيبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري ، ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ، ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح ، لأنه نائب عنه

أنه دفع غرائره إلى البائع وقال اجعلها فيها ففعل والمشتري حاضر أو غائب (صار قابضاً ، لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه ، لأنه ملك العين بالبيع) يعني بنفس العقد فصح الأمر لمصادفة الملك ، وإذا صح صار البائع وكيلاً عنه في امساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكماً ، فصار الواقع فيها واقعاً في يد المشتري حكماً لأن فعل نائبه كفعله ، حتى لو كانت الغرائر للبائع لا يصير قابضاً في رواية عن محمد . وقال الشافعي رضي الله عنه لا يصير قابضاً سواء كانت الغرائر للمشتري أو للبائع كما في السلم .

(ألا ترى) توضيح لتملكه بالبيع (انه) أي ان المشتري (لو أمره) أي لو أمر البائع (بالطحن) أي بطحن الحنطة المشتراة (كان الطحين في السلم للمسلم إليه) لأن الأمر بالطحن في السلم لم يصح ، لأنه تلافى ملك السلم إليه فلا يصح (وفي الشراء) أي وكان الطحين في الشراء (للمشتري لصحة الأمر) لأنه لاقى ملك المشتري .

(وكذا) الحكم (إذا أمره) أي المشتري (أن يصيبه في البحر) ففعل (في السلم يهلك من مال المسلم إليه ، وفي الشراء من مال المشتري) لصحة الأمر (ويتقرر الثمن عليه) وليس ذلك إلا باعتبار صحة الأمر وعدمها وصحة موقوفها على الملك ، فلو لا أنه ملكه لما صح أمر (لما قلنا) إشارة إلى قوله صح الأمر (ولهذا) أي ولكون الأمر قد صح (يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح) احتراز به عما قيل في الشراء لا يكتفي بكييل واحد ، بل يشترط كييلان وعلل الصحيح بقوله (لأنه) أي لأن البائع (نائب

في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري، ولو أمره في الشراء أن يكيّله في غرائر البائع ففعل ولم يصر قابضاً، لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها، وصار كما لو أمره أن يكيّله ويعزله في ناحية من بيت البائع، لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضاً. ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري إن بدأ بالعين

عنه (أي عن المشتري (في الكيل) فيكتفى بكيل واحد (والقبض) مرفوع بفعل مقدر ، أي وحصل القبض (بالوقوع في غرائر المشتري) وهذا جواب عما يقال البائع مسلم فكيف يكون مسلماً . وتقرير الجواب أن القبض يتمحق بالوقوع في غرائر المشتري فلا يكون مسلماً ومتسلاً .

(ولو أمره) أي ولو أمر المشتري البائع (في الشراء أن يكيّله في غرائر البائع ففعله لم يصر قابضاً ، لأنه) أي لأن المشتري (استعار غرائره) أي غرائر البائع (ولم يقبضها) أي والحال أن المشتري لم يقبض الغرائر (فلا تصير الغرائر في يده) لأن الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض (فكذا ما يقع فيها) أي فكذا لا يصير المشتري قابضاً ما في الغرائر ، وفي بعض النسخ فيه قال الكاكي أي في الغرائر على تأويل الظرف أو المذكور وذلك لعدم صفة العارية لعدم القبض ، وكذا لا يصير الواقع فيها قبضاً .

(وصار) أي حكم هذا (كما لو أمره) أي كحكم ما لو أمر المشتري البائع (أن يكيّله) أن يكيل الكر (ويعزله في ناحية من بيت البائع) أي أمره بأن يعزل الكر في جانب من بيت البائع فعزله لا يكون المشتري قابضاً ، فكذا هذا (لأن البيت بنواحيه) أي بجوانبه الأربعة (في يده) أي في يد البائع ، فإذا كان كذلك (فلم يصر المشتري قابضاً ، ولو اجتمع الدين والعين) صورته اشترى كراً معيناً وله على البائع كره آخر دين وهو المسلم فيه (والغرائر للمشتري) أي والحال أن الغرائر للمشتري وأمره أن يجعل الدين والعين فيها (إن بدأ) أي إن بدأ البائع وهو المسلم إليه (بالعين) أي

صار قابضاً ، أما العين فلصحة الأمر فيه ، وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضاً ، كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه ، وكمن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار وإن بدأ بالعين لم يصير قابضاً .
أما الدين فلعدم صحة الأمر : . وأما العين فلا أنه خلطه بملكه قبل التسليم ، فصار

بالمشتري بفتح الراء (صار) أى المشتري بكسر الراء (قابضاً) أى صار قابضاً للكيل والعين والدين .

(أما العين) أى أما صحة قبض العين (فلصحة الأمر فيه) أى في العين (وأما الدين) أى وأما صحة قبض الدين (فلاتصاله بملكه) أى فلاتصال الدين بملكه ، أى بملك المشتري ، لأن العين في يده حكماً (وبمثله يصير قابضاً) أى وبمثل اتصال الدين بالكيل بالرضا يثبت القبض ، فيصير المشتري قابضاً (كمن استقرض حنطة) أى نظير الحكم المذكور نظير من استقرض كراً من حنطة (وأمره أن يزرعها في أرضه) أى وأمر المقرض المستقرض أن يزرع الحنطة في أرض المستقرض صح القرص ، وصار المستقرض قابضاً له باتصاله بملكه فكذا هذا .

(وكمن دفع) أى ونظير الحكم المذكور أيضاً نظير من دفع (إلى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده) أى يزيد الخاتم (من عنده) أى من عند الصائغ (نصف دينار) جاز لأنه يصير قرضاً ويصير بالاتصال إلى ملكه قابضاً (وإن بدأ بالعين) ثم بدأ بالعين (لم يصير قابضاً ، أما الدين فلعدم صحة الأمر) لعدم مصادفة الملك ، لأن حقه في الدين لا في العين ، وهذا عين فكان المأمور يجعله في الغرائر متصرفاً في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الأمر .

(وأما العين) أى وأما عدم صحة القبض في العين (فلا أنه خلطه بملكه) أى فلأن البائع خلط كسر المشتري بملكه ، أى بملك نفسه (قبل التسليم) بحيث لا يمتاز (فصار)

مستهلكاً عند أبي حنيفة فينتقض البيع ، وهذا الخلط غير مرضي به من جهة لجواز أن يكون مراده البداية بالعين . وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض البيع ، وإن شاء شاركه في الخلط ، لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما . قال ومن أسلم جارية في كره حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري

أي البائع (مستهلكاً) أي المبيع (عند أبي حنيفة رضي الله عنه فينتقض البيع) أي يفسخ العقد (وهذا الخلط) هذا جواب عما يقال أن الخلط حصل بإذن المشتري فلا ينتقض البيع ، وتقرير الجواب أن هذا الخلط على هذا الوجه (غير مرضي به من جهة) أي من جهة المشتري أراد أن الخلط على هذا الوجه ما حصل بإذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الأمر به قابضاً هو الذي كان مأذوناً به ، وما هنا لم يصير الخلط مأذوناً مرضياً به ، وإنما أذن له بأن يخلط على وجه يصير قابضاً بالبداية بالعين . وقال الأكل في عبارة المصنف تسامح لأنه حكم بكون الخلط غير مرضي به جزماً ، واستدل بقوله (لجواز أن يكون مراده البداية بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعى ، ولا دلالة للأعم على الأخص . ويحوز أن يقال كلامه في قوة الممانعة ، فكأنه قال ولا نسلم أن هذا الخلط مرضي به ، وقوله لجواز سند المنع فاستقام الكلام .

(وعندهما) أي وعند أبي يوسف ومحمد (هو) أي المشتري (بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في الخلط ، لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما) وقال الإمام قاضي خان ما ذكر من جواب الكتاب قول محمد ، أما عند أبي يوسف إذا بدأ بالدين يصير قابضاً كما لو بدأ بالعين ضرورة اتصاله بملكه في الصورتين ، إذ الخلط ليس باستهلاك وعند محمد يصير قابضاً للعين دون الدين ، قلت عند الشافعي لا يصير قابضاً سواء بدأ بالعين أو بالدين .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن أسلم جارية في كره حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا) أي المسلم (فماتت) أي الجارية (في يد المشتري) أي المسلم إليه ،

فعليه قيمتها يوم قبضها . ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز ،
لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه . وفي
السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقاءه . وإذا
جاز ابتداء أولى أن يبقى انتهاء ، لأن البقاء أسهل ، وإذا انفسخ
العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً

وإنما سماء مشترياً بالنظر إلى شرائه الجارية بالخنطة ، لأن كلا في العيين الثمن والثمن
(فعليه) أي فعلى المشتري (قيمتها) أي قيمة الجارية (يوم قبضها) يعني لما ثبت الإقالة
وجب ردها ، وقد عجز فيجب رد بدلها ، وبه قال الشافعي وإنما قال يوم قبضها ، لأن
السبب الموجب للضمان إنما هو القبض فصار كالغصب .

(ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) أي التقايل (لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد)
وفي بعض النسخ يعتمد قيام العقد (وذلك) أي بقاء العقد (بقيام المعقود عليه ، وفي
السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقاءه) أي حال بقاء المعقود عليه
(وإذا جاز) أي التقايل بعد موتها (ابتداء أولى أن يبقى) بعد موتها (إنتهاء ، لأن
البقاء أسهل) من الابتداء .

فإن قيل ينبغي أن لا تصح الإقالة بعد هلاك الجارية لأنها بعد الهلاك بمنزلة المسلم فيه
من حيث وجوب قيمتها ديناً في الذمة والمسلم فيه قد سقط أيضاً بالإقالة ، فصار بمنزلة
العوضين في بيع المقايضة ، فإنه إذا هلك أحد عوضين في المقايضة ثم تقايلا ثم هلك
العوض الآخر تبطل الإقالة ، فكذا هنا ينبغي أن يتمتع التقايل بهلاك العوضين . قلنا في
بيع المقايضة ثم الرد واجب بعد الإقالة ، وهلاك المبيع قبل القبض يوجب فسخ العقد .
وفي المسلم قامت قيمة الجارية مقامها ، فلم يكن رد عين الجارية واجباً ، فكان قيام القيمة
بمنزلة قيام الجارية .

(وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً) يعني تبعاً لانفساخ العقد في
المسلم فيه وإن لم يصح الفسخ في الجارية بعد هلاكها ، هكذا قدره شيخنا العلامة . وقال

فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ، ولو اشترى
جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة ،
ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة ، لأن المعقود عليه في البيع
إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء
فلا تبقى انتهاء لانعدام محله ، وهذا بخلاف بيع المقايضة
حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين ، لأن كل واحد
منهما مبيع فيه .

تاج الشريعة هذا جواب من يقول أن الانفساخ في حق الجارية الميتة كيف يتحقق ، وإنه
ليس بمحل لذلك ، فقال الانفساخ بطريق التبعية وكم من شيء يثبت تبعاً ولا يثبت
قصداً (فيجب عليه ردها) أى رد الجارية على المسلم إليه (وقد عجز) أى والحال أن
المسلم إليه قد عجز عن رد الجارية بسبب موتها (فيجب عليه رد قيمتها) وقامت القيمة
مقام الجارية .

(ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة ، ولو
تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة) أيضاً (لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية فلا
يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء فلا تبقى انتهاء لانعدام محله) أى محل
البيع ، لأن الإقالة فسخ العقد ولا قيام لها إلا بقيام العقد ولا قيام العقد إلا بقيام المبيع ،
لأنه هو الأصل وقد فات (وهذا) أي هذا الذي ذكرناه . (بخلاف بيع المقايضة حيث
تصح الإقالة فيه وتبقى) أي الإقالة (بعد هلاك أحد العوضين ، كل واحد منها مبيع
فيه) أي في بيع المقايضة . والحاصل أنه أشار بهذا الكلام إلى الفرق بين السلم
حيث تصح الإقالة فيه بعد هلاك الجارية في يد المسلم إليه قبل الرد إلى رب السلم ،
سواء ماتت قبل الإقالة أو بعدها وبين البيع حيث لا تصح الإقالة إذا هلكت الجارية
سواء كانت الإقالة قبل هلاكها أو بعد هلاكها ، وقد أوضحنا هذا في السؤال والجواب
الذين ذكرتهما الآن .

قال ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرحنطة فقال المسلم إليه شرطت رديثاً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً قال قول قول المسلم إليه ، لان رب السلم متعنت في إنكاره الصحة ، لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة .

(قال) أى قال محمد في الجامع الصغير (ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرحنطة فقال المسلم إليه شرطت رديثاً) أى طعاماً رديثاً (وقال رب السلم لم تشترط شيئاً قال قول قول المسلم إليه) بالإتفاق ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه . وفي الكافي كلام المتعنت مردود فبقي قول صاحبه بلا معارض (لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة) التعتن في اللغة من يطلب العنت ، وهو الوقوع فيما لا يستطيع الإنسان الخروج عنه ، والمراد بالتعتن شرعاً من ينكر ما ينفعه ويريد الإضرار بغيره ، والمخاصم من ينكر ما يضره ، كذا في الفوائد الظهيرية (لأن المسلم فيه يربو) أى يزيد (على رأس المال في العادة) هذا دليل على قوله إن رب السلم متعنت لرب المسلم فيه على رأس المال عادة ، فكان الخير له في صحة العقد ، فإذا أنكر صحته فقد كان متعنتاً .

فإن قيل لا نسلم أن المسلم فيه يربو بل رأس المال خير وإن قل من المسلم فيه وإن جل لما أن رأس المال نقد والمسلم فيه نسيئة وفي المثل السائر النقد خير من النسيئة . قلنا بلى كذلك ، إلا أن ذلك متروك بالعرف والعادة ، فإن الناس مع وفور عقولهم يقدمون في عقد السلم وما ذاك إلا لفائدة زائدة رأوها ، فكان النقد بمقابلة زيادة فائدة مع كونه نسيئة ، وإنما ذكروا رب المسلم فيه لاثبات المعادلة بينه وبين رأس المال ، لأن المسلم فيه وإن كان أكثر مالية عادة إلا أنه آجل ، ورأس المال وإن قلت ماليته عاجل والعاجل خير من الآجل فيخير قصور كل واحد منهما بوفور كل واحد منهما فيتعادلان ، وذكر الإمام السرخسي أن القول قول المسلم إليه لأنه هو الذى يلتزم الطعام بعقد السلم فالقول قوله في بيان صفة ما التزم ، ثم اتفقا على أصل العقد اتفاقاً على ما هو شرط جواز العقد ، ومن شرط جوازه بيان صفة الطعام ، فقول رب السلم لم يسلم صفة الطعام

وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أي حنيقة لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً . وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة وسنقره من بعد إن شاء الله تعالى . ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم ، لأن المسلم إليه متنع في إنكاره حقاً له وهو الاجل

يكون رجوعاً عما أقر به وسعياً منه في نقض ما تم من جهته .
 (وفي عكسه) أي وفي عكس الحكم المذكور هو قول المسلم إليه شرطت لك رديناً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً ، وعكسه أن يقول رب السلم شرطت لي رديناً ، ويقول المسلم إليه لم اشترط لك شيئاً . وقال الفقيه أبو الليث لم يذكر محمد رحمه الله هذا الأصل في الكتاب ، يعني في الجامع الصغير . وقال المصنف رحمه الله (قالوا) أي قال المتأخرون في شروح الجامع الصغير مثل فخر الإسلام وغيره (يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة) وبه قال الشافعي (لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً) لأن الظاهر شاهد له ، لأن العقد الفاسد معصية والظاهر من حال المسلم التحادي عن المعصية .
 (وعندهما) أي وعند أبي يوسف ومحمد (القول للمسلم إليه ، لأنه منكر وإن أنكر الصحة) كلمة إن واصله بما قبلها ، وكذلك إن التي قبلها (وسنقره) أي وسنقرر أصل هذا الخلاف (من بعد إن شاء الله تعالى) قال الأترازي « رح » أي في المسألة التي تلي هذه عند قوله القول لرب السلم عندهما . وفي عبارته تسامح لأنها تستعمل للبعد ، أي لأن السين كذلك ، ونقره يعني بدون السين (ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل) أي لم يكن للمسلم أجل (وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) أي بالاتفاق ، وبه قال الشافعي (لأن المسلم إليه متنع في إنكاره حقاً له) أي لرب السلم (وهو) أي الحق هو (الأجل) حاصله أن الكلام إذا خرج نخرج التمتع لا نخرج الخصومة بطل وكان القول لمدعي الصحة ، لأن كلام التمتع مردود ، فإذا رد بقي كلام

والفساد لعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف ، وفي عكسه القول لرب السالم عندهما ، لأنه ينكر حقاً عليه فيكون القول قوله ، وإن أنكر الصحة

الآخر بلا معارض ، فكان القول قوله .

(والفساد لعدم الأجل غير متيقن) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال ينبغي أن لا يكون المسلم إليه متعنتاً في إنكاره الأجل ، لأنه يرد رأس المال للفساد للعقد بعدم الأجل ويرد رأس المال يبقى له المسلم فيه والمسلم فيه خير من رأس المال وانفع منه . وتقدير الجواب أن فساد العقد لعدم الأجل غير متيقن (لمكان الاجتهاد) فإن السلم الحال جائز عند الشافعي « رضي » ، وإذا لم يكن متعنتاً بعدمه لم يلزم من إنكاره رد رأس المال (فلا يعتبر النفع في رد رأس المال) يعني ولا يعتبر جهة كونه منتفعاً بهذا الإنكار معارضاً لجهة التعنت والتضرر به ، إذ الظني لا يعارض القطعي .

(بخلاف عدم الوصف) قال صاحب النهاية أى لو قال المسلم إليه شرطت ردنياً ، وقال رب السلم لم تشترط شيئاً وهي المسألة الأولى كان القول قول المسلم إليه ، لأن فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقن غير مجتهد فيه ، فقال رب السلم هناك متعنتاً ، وقال غيره فإن الفساد فيه قطعي . وقال الأكل وفيه نظر ، لأن بناء المسألة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح ، فالأولى . أن يقال إن الاختلاف كان ثابتاً بين الصحابة إن ثبت ذلك وليس مطابقاً لما ذكره صاحب النهاية وغيره .

(وفي عكسه) يعني فيما إذا ادعى المسلم إليه الأجل وأنكره رب السلم (القول لرب السلم عندهما ، لأنه ينكر حقاً عليه فيكون القول قوله ، وإن أنكر الصحة) كلمة إن واصله بما قبله . واعلم أن الاختلاف في الأصل على ثلاثة أوجه : أحدها في أصل الأجل ففيه القول قول المدعي للأجل مع يمينه طالباً كان أو مطالباً ، وعندهما القول قول الطالب سواء كان مدعياً للأجل أو منكراً .

والثاني في مقدار الأجل مثل أن يدعي أحدهما أنه شهر ، وقال الآخر إنه شهران

كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة ،
وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال ،
لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة . وعند أبي حنيفة
« رح » القول للمسلم إليه ، لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد
واحد فكانا متفقين

ففيه القول قول الطالب مع يمينه ، لأنه ينكر الزيادة ، وإن قامت بينته لأحدهما يقضي
ببينته ، وإن قامت لهما يقضي ببينه المطلوب ، لأنه يثبت الزيادة .

والثالث : في مضي الاجل ، فإن قال الطالب كان الاجل شهراً وقد مضى ، وقال
المطلوب كان شهراً ولم يمض فالقول قول المطلوب مع يمينه لأنه ينكر توجه المطالبة ،
فإن أقام أحدهما البينة يقضى ببينه المطلوب ، لأنها تثبت زيادة الاجل ، ثم ينبغي لك
أن تعرف أن الاختلاف في قدر الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافاً لزفر « رح » ، لأن
التحالف في البيع ثبت بخلاف القياس عند اختلاف المتبايعين في المعقود عليه أو بدله ،
والاجل بمعزل من ذلك ، بخلاف ما إذا اختلفا في الوصف فإنهما يتحالفان ، لأن
الوصف جارٍ مجرى الاصل ، لأن الدين يعرف به ويختلف أصله باختلافه ما إذا وليس
كذلك الاجل .

(كرب المال إذا قال للمضارب) نظير المسألة المذكورة بمسألة رب المال إذا قال
للمضارب (شرطت لك نصف الربح إلا عشرة) قال الكاكي وفي بعض النسخ شرطت
لك نصف الربح وزيادة عشرة ، وهذه النسخة ليست بصحيحة ، لأنه على ذلك التقدير
القول للمضارب بالإجماع ، والصحيح النسخة الاولى ، لأنه على ذلك التقدير كان القول
لرب المال (وقال المضارب) ليس الامر كما ذكرت (لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول
لرب المال ، لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة) أى صحة العقد .

(وعند أبي حنيفة « رح » القول للمسلم إليه لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد
واحد) لأن السلم عقد واحد إذ السلم الحال فاسد وليس بعقد آخر (فكانا متفقين

على الصحة ظاهراً ، بخلاف مسألة المضاربة ولأنه ليس بـ لازم فلا يعتبر
الاختلاف فيه ، فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح . أما السلم فلازم ،
فصار الأصل أن من

على الصحة ظاهراً) أى بحسب الظاهر الوجهين أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد
بوصف الصحة ، والثاني أن الإقدام على العقد التزام لشرائطه والاجل من شرائط السلم
فكان اتفاقهما على العقد إقرار بالصحة ، فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به ، وإنكاره
إنكار بعد الإقرار وهو مردود ويقول أبي حنيفة « رح » قال الشافعي .

(بخلاف مسألة المضاربة) جواب عن قياسها المسألة المذكورة على مسألة المضاربة
فإنه قياس غير صحيح ، وقال الأكل فإنها إذا اختلفا فيها ، أى في المضاربة قنوع
محل الاختلاف فإنها إذا فسدت صار إجازة ، وإذا صحت كانت شركة ، فإذا اختلفا
فالمدعي للصحة مدع لعقد ، والمدعي للفساد مدع لعقد آخر خلافة ، ووحدة العقد عن
الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم اعتباراً لاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة
المحل وعدم وحدته يستلزم عدم اعتباره الاختلاف لاختلاف المحل . وأما المضاربة فهي
ليست بعقد واحد عند الاختلاف ، فكان المحل مختلفاً فلا تناقض في ذلك ، فلم يكن
الاختلاف معتبراً ، فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو ينكر ،
فالقول قول المنكر .

(ولأنه) أي لأن عقد المضاربة (ليس بـ لازم) ولهذا يتمكن رب المال من عزله
قبل شراء المضارب برأس المال شيئاً ، وكذا المضارب يتمكن من فسخه . وإذا كان غير
لازم يرتفع باختلافهما (فلا يعتبر الاختلاف فيه) ولا الدعوى تعتبر فيه (فبقي مجرد
دعوى استحقاق الربح) والآخر ينكر فالقول للمنكر (أما السلم) فإنه عقد
(فلازم) فلا يفسخ بفسخ أحدهما ، فبالاختلاف لا يرتفع ، فإذا بقي العقد كان القول
قول مدعي الصحة لشهادة الظاهر ثم لما جعل القول قول المسلم إليه في الأجل كان القول
قوله أيضاً في مقدار الأجل (فصار الأصل) أي الأصل في مسألة السلم المذكورة (أن من

خرج كلامه تعنتاً فالقول لصاحبه بالإتفاق ، وإن خرج خصومة ووقع
الإتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده ، وعندهما للأنكر
وإن أنكر الصحة . وقال ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً
وعرضاً ورقعة ، لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا .
وإن كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه أيضاً ، لأنه مقصود فيه

خرج كلامه تعنتاً (أي من حيث التعنت لا يخرج الخصومة ، وقد مر تفسيره عن قريب
(فالقول لصاحبه) وهو مدعي الصحة (بالاتفاق) لأن كلام المتعنت مردود .

(وإن خرج) أي كلامه (خصومة) أي من حيث الخصومة بأن ينكر ما يضره
(ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده) أي عند أبي حنيفة (وعندهما
للأنكر) أي القول قول الأنكر (وإن أنكر الصحة) كلمة إن واصله بما قبلها ، وقدمر
الكلام فيه مستوفى .

(قال) أي القدوري في مختصره (ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضاً)
أي من حيث الطول ومن حيث العرض (ورقعة) أي من حيث الغلظة والثخانة ، كذا
في المغرب . وقيل المراد عدد الكرباس ، يعني انه كثير الرقاع أو قليل الرقاع ، وقيل
تعريفه بكونه خماسياً أو سداسياً ، وقال تاج الشريعة ورقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة ،
يراد به غلظة وثخانة وهو مجاز (لأنه) أي ولأن السلم (أسلم في معلوم مقدور التسليم
على ما ذكرنا) أي عند قوله في أول الباب وفي المذروعات (وإن كان) أي المسلم (ثوب
حرير لا بد من بيان وزنه أيضاً ، لأنه) أي لان الوزن (مقصود فيه) أي في السلم في
الثوب الحرير ، وإذا كان كذلك فلا بد من بيانه ، أي بيان الوزن . وعند الشافعي
ومالك وأحمد رحمهم الله بيان الوزن ليس بشرط ، وفي الإيضاح وتحتاج إلى بيان الوزن في
ثياب الحرير والديباج إذا كان التفاوت بعد ذكر الطول والعرض ، لأنها تختلف باختلاف
الوزن ، فإن الديباج كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته ، والحرير كلما خف وزنه ازدادت
قيمه فلا بد من بيانه ، انتهى .

ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز ، لأن آحادها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً ،

وقال الشيخ أبو نصر البغدادي قالوا إذا كانت الثياب مما يقصد وزنها فلا بد من ذكر الوزن أيضاً كثياب الحرير . وقال اللؤلؤ الحلي^(١) في فتاواه ولو بين الدرهمان ولم يبين الوزن هل يجوز السلم في الحرير ، واختلف المشايخ فيه ، منهم من قال ليس بشرط ، ومنهم من قال شرط وإليه مال شمس الأئمة السرخسي وهو الصحيح ، بخلاف سائر الثياب ، فإنه لا يشترط فيها الوزن مع الدرهم ، لأن الحرير يختلف باختلاف الوزن كما يختلف باختلاف الطول والعرض ، ولا كذلك الكرياس . وفي المنتقى إذا باع ثوب حريري دأبب لا يجوز إلا وزناً . وفي المحيط لو شرط كذا وكذا ذراعاً فله ذراع وسط . واختلف في تفسير الوسط ، قيل أراد به الفعل ، يعني لا يد كل المد ولا يرخي كل الإرخاء وقيل أراد به الخشب لأنه لا يتفاوت في الأسواق . قال شيخ الإسلام والصحيح أنه يحمل عليهما نظراً للجانبين .

وقال الكاكي وكذا يجوز السلم في البوارى والجواثق والمسوح والاكسية والبسوط استحساناً إذا بين طوله وعرضه وصفته وصنفته . الولوالجي السلم في الكاغد يجوز عدداً ، لأنه عددي كالجوز والبيض ، وكذا الاستقراض عدد .

(ولا يجوز السلم في الجواهر) نحو الياقوت والبلخش واللؤلؤ ونحو ذلك (ولا في الخرز) أي ولا يجوز السلم أيضاً في الخرز بفتح الخاء والراء ثم الزاى . وقال الجوهري الخرز بالتحريك الذي ينظم ، والواحدة خرزة ، وخرزات الملك جواهر تاجه ، وعند مالك رضي الله عنه يجوز (لأن آحادها) أي آحاد الجواهر والخرز (تتفاوت تفاوتاً فاحشاً) لأن كل معدود تتفاوت آحاده في المالية لا يجوز السلم فيه كالبطيش والرمال الذي لا تتفاوت آحاده في المالية جاز السلم فيه كالجوز والبيض إذا كان من جنس واحد ،

(١) هكذا في الأصل وهو خطأ ، وإنما هو عبد الرشيد الولوالجي صاحب الفتاوى الولوالجية ، وقد صححناه بعد ذلك . اهـ مصححه .

وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم ، لأنه مما يعلم بالوزن . ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا سمي مبلغاً معلوماً ، لأنه عددي متقارب لاسيما إذا سمي الملبن . قال وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه ،

وفيه خلاف زفر « رح » ، وقد مر بيانه في أول الباب (وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم ، لأنه مما يعلم بالوزن) لأنه يصدق ويجعل في الدواء ولا خلاف فيه للفقهاء .

(ولا بأس بالسلم في الآجر) بفتح الهمزة وضم الجيم وتشديد الراء وهو الطوب المشوى (واللبن) بفتح اللام وكسر الباء الموحدة وبالنون ، وهو الطوب النسيء (إذا سمي مبلغاً معلوماً) الملبن يحتمل أن يكون اسم ما يصنع فيه اللبن ، ويحتمل أن يكون المراد به الآلة وفي المحيط يشترط بيان مكانه والآلة ، وقيل لا يشترط بيان مكانه ، وبقولنا قال الشافعي رحمه الله (لأنه) أي لأن كل واحد من الآجر واللبن (عددي متقارب لاسيما إذا سمي الملبن) بكسر الميم وهو الآلة . وقال اللؤلؤ الجي في فتاواه ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا اشترط فيه مبلغاً معروفاً ، لأنه متى بين مبلغاً معروفاً فما يقع من التفاوت بين لبن ولبن يكون يسيراً ، فيكون ما قُطع الاعتبار ، فيلحق بالعدديات المتقاربة ، فيجوز فيه السلم . بخلاف ما لو باع مائة آجرة من آتون لم يحز ، لأن التفاوت فيه في النضج تفاوت فاحش ، فألحقناه بالمتقاربة في حق السلم وفي المتفاوتة في حق البيع عملاً بهما . وفي شرح الجامع الصغير لقاضي خان أما السلم في الباذنجان عدداً لم يذكره محمد رحمه الله ، وذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يجوز وألحقه بالجوز والبيض .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) هذا أصل كلي يتخرج منه المسائل ، وقال الاكمل رحمه الله فيه بحث من وجهين ، أحدهما أنه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا معرفة مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل إنسان حيوان إلى كل ليس بإنسان ما ليس بحيوان ^(١) . والثاني أنه

(١) هكذا عكسها هنا ، وقد عكس ما بعدها بخلاف هذه ، اهـ مصححه .

لأنه لا يفضي إلى المنازعة ، وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره
لا يجوز السلم فيه ، لأنه دين ، وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة
تفضي إلى المنازعة ، ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين
أو نحو ذلك

ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والأصل ذكر القاعدة أولاً ثم تفريع الفروع عليها .
والجواب عن الأول أن جواز السلم يستلزم أوصاف ضبط الصفة ومعرفة المقدار بقوله
﴿ من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ، الحديث ، وحينئذ كان مثل قولنا كل
إنسان ناطق وهو ينعكس إلى قولنا كل ما ليس بإنسان ليس بناطق . وعن الثاني أن
تقديم القاعدة على الشروع يليق بوضع أصول الفقه ، فالمقصود معرفة المسائل الجزئية ،
فيقدم الفروع ثم يذكر ما هو الأصل الجامع للفروع المتقدمة .

(لأنه لا يفضي إلى المنازعة) كما في الأجناس الأربعة من المكيلات والموزونات
والمذروعات والعدديات المتقاربة . وقال الكاكي لا خلاف للفقهاء في جواز السلم في كل
ما هو من ذوات الأمثال كالقطن والكتان والبرسيم والنحاس والتبر والحديد والرصاص
والصفر والحناء والوسمة والرياحين اليابسة ، وفي الجذوع البائن الطول والعرض والغلظ ،
وكذا الساج وصنوف العيدان والخشب والقصب والغزل ، ويجوز السلم في التين كيلاً
وكيله الغرائر . وقيل إنه موزون . وقيل المعتبر هو المتعارف ، كذا في المجتبى .

(وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ، لأنه دين) أي لأن السلم
دين ، والدين يعرف بوصفه (وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة) فلا
يجوز لأن جهالة المعقود عليه تفسد العقد (ولا بأس بالسلم في طست) وفي المغرب الطست
مؤنة وهي أعجمية والطست تعريبها ، والجمع طساس وطسوس ، وقد يقال الطشوش ،
ذكره في الشين المعجمة . وقال الجوهري الطشت الطش بلغة طيء أبدل من إحدى
السينين تاء للاستثقال ، فإذا جمعت أو صغرت ردت السين ، لأنك فصلت بينهما بألف أو ياء
قلت طساس وطسيس (أو قمقمة) قال الجوهري القمقمة بالضم معروفة ، وقال
الاصمعي هو رومي والجمع قماقم (أو خفين أو نحو ذلك) مثل الكوز والأنبة من النحاس

إذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم ، وإن كان لا يعرف فلا خير فيه ، لأنه دين مجهول . قال وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً للاجماع الثابت بالتعامل . وفي القياس لا يجوز ، لأنه بيع المعدوم ، والصحيح أنه

والصفر والقلنسوة ، وبه قال الشافعي إن كان يتساوي جوانبه ويمكن العسارة عن ثغائره وطوله وعرضه وما يختلف به العرض ، فأما أن يكون أجزاءه يختلف كالمقام والطواجن والأواني المتخذة من الصفر والزجاج والمكيزان والحباب فلا يجوز لتفاوت أجزائها فمنها ما يكون أعلاه أوسع وأسفله أضيق وبالعكس وقد يكون وسطه كذلك كذا في تتمهم . والشرطان عندنا في جواز ذلك (إذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم وإن كان لا يعرف فلا خير فيه) أي لا يجوز (لأنه دين مجهول) والجهالة في الدين تمنع . (قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (وإن استصنع شيئاً من ذلك) أي من ما ذكر من الطست والقمعة والخف (بغير أجل) أي بغير ذكر مدة فيه (جاز استحساناً للاجماع الثابت بالتعامل) في هذه الأشياء ، قال أبو أنيس في جامعه صورة الاستصناع أن يجيء رجل إلى خفاف ويقول له اخرز لي خفاً صفته كذا وقدره كذا بكذا ويسلم الدراهم أو بعضها أو لا يسلم .

(وفي القياس لا يجوز ، لأنه بيع المعدوم) وبه قال زفر والشافعي ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ورخص في السلم وهذا ليس بمسلم ، لأنه لم يضرب له أجلاً ، أشار إليه بقوله بغير أجل ، وجه الاستحسان هو ما ذكره بقوله للاجماع الثابت بالتعامل ، فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبر ، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ، ولا يشكل بالمدارعة ، فإن فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، لأن الخلاف فيها كان ثابتاً في الصدر الأول دون الاستصناع .

(والصحيح أنه) أشار به إلى أنهم اختلفوا في جواز الاستصناع بالبيع أو عدة ،

يجوز بيعاً لا عدة ، والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً ، والمعقود
عليه العين دون العمل ، حتى لو جاء به مفروغاً عنه لا من صنعه
أو من صنعه قبل العقد فأخذه

فقال والصحيح أن الاستصناع (يجوز بيعاً) أي من حيث البيع (لا عدة) أي لا من
حيث الوعد . وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير هو بيع عند عامة مشايخنا لا
مواعدة ، لأنه ساء في الكتاب بيعاً وأثبت فيه خيار الرؤية وهو يثبت في البيع لا في
الوعد (والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً) هذا جواب عما يقال كيف يجوز أن يكون
بيعاً والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعاً ، وتقرير الجواب أن المعدوم قد يعتبر حكماً ،
أي من حيث الحكم كالناسي للتسمية عند الذبح ، فإن التسمية جعلت موجودة لعذر
النسيان . والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلاة لثلا تتضاعف الواجبات
فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجوداً حكماً لتعامل الناس ، وقد يكون
الشيء موجوداً حقيقة ويجعل معدوماً حكماً كالماء المستحق للمطش ، حتى يجوز التيمم
مع وجوده .

(والمعقود عليه العين) هذا جواب عما يقال إنما يصح ذلك أن لو كان المعقود
عليه هو المستصنع ، والمعقود عليه هو الصنع . فأجاب بأن المعقود عليه هو العين
لأن المقصود هو المستصنع (دون العمل) وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي ، فإنه يقول
المعقود عليه العمل ، لأن الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل ، فتسميته للمعقود به
دليل على أنه هو المعقود عليه ، والاديم والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل ، ولكن الأصح
أن المعقود عليه هو العين ، لأن المقصود هو المستصنع فيه وذكر الصفة لبيان الوصف ،
والدليل عليه أن محمداً أثبت خيار الرؤية فيه ، وهو إنما يكون في بيع العين ، وكذا
يدل عليه قول المصنف بقوله (حتى لو جاء به مفروغاً عنه) أي لو جاء الصانع الذي
يعمل بالمستصنع حال كونه مفروغاً (لا من صنعه أو من صنعه) أي أو جاء به حال
كونه من صنعه (قبل العقد) أي قبل عقد الاستصناع (فأخذه) أي فأخذه

جـاز ، ولا يتعين بالإختيار ، حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه
المستصنع جـاز ، وهذا كله هو الصحيح . قال وهو بالخيار
إن شاء أخذه وإن شاء تركه ، لأنه اشترى شيئاً لم يره ،
ولا خيار للصانع ، كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح ،
لأنه باع ما لم يره وهو عن أبي حنيفة «رح» أن له الخيار
أيضاً ، لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا لضرر وهو قطع
الصـرم وغيره .

المستصنع (جـاز) فلا يجبر على قبوله ، ولو كان بعد العقد يجبر الأمر على القبول ، كذا
في المبسوط .

(ولا يتعين إلا بالإختيار) أي ولا يتعين المستصنع الذي اتخذه الاجل المستصنع إلا
باختيار المستصنع ، وأوضح ذلك بقوله (حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع
جـاز) لأنه لو تعين لما جاز بيعه قبل اختياره (وهذا كله) أي كونه بيعاً لا عدة وكون
المعقود عليه العين دون العمل ، وكونه لا يتعين إلا باختياره (هو الصحيح) لما أن في كل
واحد منها قولاً آخر كما يجيء بعد هذا .

(قال وهو) أي المستصنع (بالخيار) أي إذا رآه (إن شاء أخذه وإن شاء تركه ،
لأنه اشترى شيئاً لم يره) فله الخيار إذا رآه (ولا خيار للصانع) بل يجبر على العمل لأنه
باع ما لم يره (كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح لأنه باع ما لم يره) أشار به إلى نفي ما
ذكره في الذخيرة من أن للصانع الخيار أشار إليه بقوله (وعن أبي حنيفة أن له الخيار
أيضاً) أي أن للصانع الخيار أيضاً كما للأمر ، كذا ذكر هذا في الذخيرة من رواية أبي
يوسف عن أبي حنيفة ، وكذا في رواية أبي اليسر وقاضي خان (لأنه لا يمكنه) أي لأن
الصانع لا يمكنه (تسليم المعقود عليه الا لضرر وهو قطع الصـرم) بفتح الصاد المهملة
وسكون الراء وبالميم ، وهو الجلد . وفي المغرب هو تعريب جرم (وغيره) أي وغير
الصـرم مثل إقتلاف الخيط في خرزه .

وعن أبي يوسف أنه لا خيار لها ، أما الصانع فلما ذكرنا ، وأما
المستصنع فلأن في إثبات الخيار له اضرار بالصانع ، لأنه لا يشتريه
غيره بمثله . ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز
وفيسا فيه تعامل وإنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليتمكن
التسليم ، وإنما قال

(وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا خيار لها) أي للصانع والامر (أما الصانع فلما
ذكرنا) أنه لا خيار له لما أن الاستصناع بيع ولا خيار للبائع فيما لم يره (وأما المستصنع
فلأن في إثبات الخيار له إضرار بالصانع لأنه لا يشتريه غيره بمثله) أي بمثل ما اشتراه
المستصنع وقد لا يشتريه غيره أصلاً ، كما لو استصنع واعظ منبراً يعظ الناس عليه فلم يأخذه
فالعامي لا يشتريه أصلاً

فإن قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبراً . أجيب يجوز أن يكون الرضي على
أن المستصنع مجبور على القبول ، فلما علم اختياره عدم رضاه ، فإن قيل ذلك للجهل منه
وهو لا يصلح عذراً في دار الإسلام . أجيب بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين
من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الإسلام على أقوال جميع المجتهدين
وإنما الجهل ليس بعذر في دار الإسلام في الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها لا في حيازة
اجتهاد المجتهدين . قال الأكمل وفيه نظر ، لأن غير الأب والجد إذا زوج الصغيرة ثم
بلغت فإن لها خيار البلوغ ، فإن سكنت لجهلها بأن لها الخيار بطل خيارها ، لأن الجهل
ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها .

(ولا يجوز) أي الاستصناع (فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب) وفي الكافي كالجباب
والثياب ، وصورته أن يدفع إلى حائك ديناراً ليحيك له ثوباً من غزل نفسه إبقاء له على
القياس السام عن معارضة الاستحسان بالإجماع (لعدم المجوز) بكسر الواو من التجوز
والمجوز هو التعامل (فيما فيه تعامل) مثل الذي ذكرناه (إنما يجوز إذا أمكن إعلامه
بالوصف ليتمكن التسليم) أي تسليم المستصنع (وإنما قال) أي محمد في أول المسألة

بغير أجل لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلباً عند أبي حنيفة خلافاً لهما. ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلباً بالاتفاق. لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الأجل على التعجيل ، بخلاف ما لا تعامل فيه ، لأن ذلك استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح .

(بغير أجل) في قوله وإن استصنع في شيء من ذلك بغير أجل (لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلباً عند أبي حنيفة رحمه الله) فلا يجوز إلا بشرائط السلم من تعجيل رأس المال واستقصاء الوصف وعدم جواز خيار الرؤية ، وبه قال الشافعي رحمه الله ومالك وأحمد « رح » لأنهم لا يجوزون الاستصناع (خلافاً لهما) أي لأبي يوسف ومحمد فإنه عندهما استصناع .

(ولو ضربه) أي الأجل (فيما لا تعامل فيه يصير سلباً بالاتفاق) المراد بضرب الأجل ما يذكر على سبيل الاستمهال ، أما المذكور على سبيل الاستعجال على أنه قال إن تفرغ غداً أو بعد غد لا يصير سلباً ، لأنه ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم ، ويحكى عن الهندواني أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو الاستعجال ، ولا يصير به سلباً ، وإن كان من الصانع فهو سلم لأنه يذكره على سبيل الاستمهال . وقيل إن ذكروا في مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع ، وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم ، لأن ذلك يختلف باختلاف المدة فلا يمكن تقديره بشيء معلوم .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد في المسألة الخلافية (أن اللفظ) أو لفظ الاستصناع (حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته) الاستصناع أو اللفظ (ويحمل الأجل على التعجيل) لأن ذكر الأجل محتمل ، فإنه يحتمل أن يكون للتعجيل ويحتمل أن يكون للاستمهال والاستصناع محكم في تناوله ما وضع له غير محتمل الشيء آخر فيحمل المحتمل على المحكم ، فيقال إن ذكر الأجل للتعجيل (بخلاف ما لا تعامل فيه ، لأن ذلك استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح) بدلالة الأجل تصحيحاً لتصرف الماقل ما أمكن .

ولابي حنيفة «رح» أنه دين يحتمل السلم وجواز السلم بإجماع
لا شبهة فيه ، وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة ، فكان الحمل
على السلم أولى ، والله أعلم .

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في
ذلك سواء .

(ولابي حنيفة أنه) أى أن المستصنع المبيع (دين) والمبيع الدين (يحتمل السلم)
كما لو ذكر اللفظ السلم (وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه) لانه ثابت بآية المداينة والسنة
(وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) لكونه مجتهد فيه ، ولان فيه خلاف زفر والشافعي
رحمهما الله (فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم) لكونه أقرب إلى الجواز
وأحق بالرخصة .

(مسائل منثورة)

مسائل مرفوعة على أنها خبر مبتدأ محذوف ، أى هذه مسائل ومنثورة صفتها من
نثرت الدراهم ، والتقدير هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها ولم تذكر ثمة ،
فاستدركت بذكرها ها هنا .

(قال) أى القدورى (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع) مثل الاسد والدب
ونحوهما ، فالقدورى أطلق بيع الكلب وما ذكر معه ليتناول (المعلم وغير المعلم)
وأوضحه المصنف بقوله وغير المعلم (في ذلك سواء) أى المعلم وغير المعلم منها من
الكلب والفهد والسباع من المذكور في جواز البيع سواء . وفي الإيضاح بيع كل ذى ناب
من السباع وذى مخلب من الطير جائز معلماً كان أو غير معلم في رواية الاصل . أما الكلب
المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلاً للبيع لكونه

وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به .
وقال الشافعي « رح » لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام إن من
السحت مهر البغي وثن الكلب .

منتفعاً به حقيقة وشرعاً ، فيكون مالاً . وأما غير المعلم فلأنه يمكن أن ينتفع به بغير
الاصطياد فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول فيه ويخبر عن
الجلابي بناحيته عليه فساوى المعلم في الانتفاع به .

(وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به) وفي شرح
الإرشاد يجب قتله ويحرم اقتناؤه فلا يجوز بيعه كما في الخنزير . وقال شمس الائمة
السرخسي ولو كان الكلب العقور بحال يقبل التعليم يجوز بيعه في الصحيح من المذهب ،
ولا يجوز الذى لا يقبل التعليم . ونقل الناطقي في الاجناس عن مسائل الفضل بن غانم ،
قال أبو يوسف رحمه الله أجيز بيع كلب الصيد والماشية ولا أجيز بيع الكلب العقور .
وقال محمد في نوادر هشام يجوز بيع الكلب العقور . وفي الكيسانيات قال محمد ومن قتله
ضمن قيمته إلى هنا لفظ الاجناس . ونقل في الاجناس أيضاً عن شرح اختلاف زفر روى
ابن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز بيع الاسد حياً
ويجوز أن يكون مذبوحاً . وجاز بيع الفهد وفي البيوع للحسن جاز بيع القرد . وذكر
الاجناس قال أبو يوسف اكره بيع الهر لانه لا منفعة به ، وإنما هو للهو .

(وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب) مطلقاً ، لانه لا منفعة به ، وبه قال أحمد ،
وبعض أصحاب مالك يجوز بيع المأذون بإمساكه ويكره ، وجوز الشافعي إجارة
الكلب المعلم في أصح الوجهين . أما اقتناء الكلب للصيد والزرع والبيوت والمواشي
فيجوز بالاجماع (لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (أن من السحت مهر البغي وثن
الكلب) هذا الحديث بغير هذا اللفظ رواه ابن حبان في صحيحه عن أبي هريرة أن
النبي ﷺ قال إن مهر البغي وثن الكلب وكسب الحجام ... (١) وأخرجه الدارقطني

(١) هكذا الحديث ناقص من الأصل .

ولأنه نجس العين ، والنجاسة تشعر بهوان المحل ، وجواز البيع يشعر
باعزازه فكان منتفياً . ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الكلب
إلا كلب صيد أو ماشية ،

أيضاً ولفظه ثلاث كلهن سحت أجر الحجام ومهر البغي وثمان الكلب ، وقال الاترازي
وجه قول الشافعي ما روى في صحيح البخاري والسنن مسند إلى أبي مسعود الانصاري
أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن ، وذكر أحاديث
أخر من هذا الباب ، ولكن هذا غير مناسب للحديث الذي ذكره المصنف ، ورعاية
المناسبة من التناسب . السحت الحرام المحض الخالص . وقيل السحت الحرام المتأصل من
سحته وأسحته ، أي استأصله ، سمي الحرام سحتاً لأنه متأصل دين الآكل ومهر البغي
أجرة الزانية ، يقال بغت المرأة بغياً بالكسر ، والتي زنت فهي بغية . أي زانية ، ومن
حقه أن يقال بغية ، لأنه فعيل بمعنى فاعل ، والحكم فيه أن يفرق بين المذكر والمؤنث ،
إلا أنه قد يشبه فعيلاً بمعنى مفعول ، فلا يفرق كما في قولهم ملحقه جديد . قوله وثمان
الكلب ، ساء ثمناً باعتبار صورة البيع ، وحلوان الكاهن أجرته من الحلاوة وهو الذي
يخبر عن الأشياء بإلقاء الشيطان إليه .

(ولأنه) أي ولأن الكلب (نجس العين) بدلالة نجاسة سوره ، فإنه متولد من
اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه (والنجاسة تشعر بهوان المحل) أي بذلته (وجواز
البيع يشعر بإعزازه) أي تشعر بإعزازه (فكان منتفياً) أي فكان جواز البيع منتفياً
وإلا يلزم اجتماع المتنافيين فلا يجوز .

(ولنا أنه عليه السلام) أي أن النبي ﷺ (نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية)
هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، ولكن روى الترمذي عن أبي هريرة قال نهى النبي ﷺ
عن ثمن الكلب إلا كلب صيد ، ثم قال لا يصح إلا من هذا الوجه . وروى النسائي عن
جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب الصيد ، وقال
حديث منكر ، وقال مرة ليس بصحيح . وقال الكاكي المدعي جواز بيع جميع
الكلب ، وهذا الحديث يقتضي جواز بيع الصيد والماشية . قلنا المقصود من إيراد الحديث

ولأنه منتفع به حراسة واصطياداً ، فكان مالاً فيجوز بيعه

إبطال مذهب الخصم ، فإنه يدعي شمول عدم الجواز في الكل ، أما اثبات المدعى والمذهب بما ذكر في الأسرار حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ، فإنه قال قضى رسول الله ﷺ في كلب بأربعين درهماً فذكره مطلقاً من غير تخصيص في أنواع الكلب بالتضمن وتضمن المتلف دليل على تقومه وماليته .

أو نقول ثبت جواز بيع الكلب المعلم بقوله إلا كلب حسين ، وجوز بيع الكلب الغير المعلم سوى العقور بقوله أو ماشية ، فإن كل كلب يصلح لحراسة الماشية إذ من عادته النباح عند حضور الذئب أو السارق فبقي العقور تحت المستثنى منه ، كذا في الأسرار . قلت حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أخرجه الطحاوي بإسناد صحيح مرسل ، حيث قال وقد روي في ذلك عن من بعد النبي ﷺ أى من الصحابة والتابعين ، ثم قال حديث يونس قال حدثنا ابن وهب قال سمعت ابن جريج يحدث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً ، وقضى في كلب ماشية بكبش . وأخرج ابن أبي شيبة عنه أنه قال في كلب الصيد أربعون درهماً ، وفي كلب الماشية شاة من الغنم ، وفي كلب الحرث فرق من طعام ، وفي كلب الدار فرق من تراب حق على الذى أصابه أن يعطيه ، وحق على صاحب الكلب أن يقبله .

(ولأنه) أى ولأن الكلب (منتفع به حراسة واصطياداً) حقيقة وشرعاً (فكان مالاً فيجوز بيعه) لأن المال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ، فيكون محلاً للبيع .

فإن قيل الكلب يمسك للانتفاع بمنافعه لا لعينه كالآدمي فإنه ينتفع بمنافعه لإجارة وغيرها ، ولا يدل على أن عينه مال . قلنا الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعاً للملك العين لا قصداً في المنفعة ، إلا أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث ، فيجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والأمة والثوب ، ولا يقال شعر الخنزير ينتفع به للخزير ولا يجوز بيعه ، لأننا نقول إن الخنزير محرم العين شرعاً لا يباح إمساكه لمنفعة بوجه ، فثبتت الحرمة في كل جزء منه وسقطت القيمة ، ثم الإباحة لضرورة الحرز لا يدل على رفع الحرمة عن أصله فيما عدا الضرورة كإباحة لحمه حال الضرورة لا يدل على صحة أكله وجواز بيعه ، فأما الكلب

بخلاف الهوام المؤذية ، لانه لا ينتفع بها ، والحديث محمول على
الإبتداء قلماً لهم عن الإقتناء ، ولا نسلم نجاسة العين ، ولو سلم
فيحرم التناول دون البيع .

فما ثبت فيه تحريم مطلق وإباحة للضرورة فيبقى ما وراهها على التحريم ، كذا
في الأسرار .

(بخلاف الهوام المؤذية) من الحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب وهوام الارض
جميعاً (لأنه) أى لأن المذكور من الهوام المؤذية (لا ينتفع بها) بل هي مضرّة قطعاً ،
والهوام جمع هامة بتشديد الميم . وفي المغرب الهامة من الدواب ما يقتل من ذوات السموم
كالعقارب والحيات (والحديث) أى الحديث المذكور الذى استدل به الشافعي رحمه الله
(محمول على الإبتداء) أي حالة ابتداء الإسلام ، وتقريره ماروى عن ابراهيم انه قال روى عن
النبي ﷺ أنه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقديم نهي انتسخ ، فإنهم كانوا
لغوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذى الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها ، وهو معنى قوله
(قلماً لهم عن الاقتناء) وفي بعض النسخ قلماً لهم فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب
ونہوا عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة ، ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون
منتفعاً به من الكلاب ، فالحديث الذى رواه الشافعي كان في الإبتداء أو يجوز أن يقال
الحديث مشترك الإلزام ، لأنه قال ثمن الكلب والثلث في الحقيقة لا يكون الا
في المبايعة .

(ولا نسلم نجاسة العين) جواب عن استدلال الشافعي بالمعقول بالمنع ، فإن تليكه في
حالة الاجتناب يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك (ولو سلمنا ^(١)) فيحرم
التناول دون البيع) وفي الايضاح فأما نجاسة العين في ذاته إن سلم له فتأثيرها في تحريم
التناول ووجوب الاجتناب عنه حسناً صونه لنفسه وثيابه عن النجاسة ، فأما في حق
جواز الانتفاع بها اصطياًداً وحراسة فلا . وفي جامع قاضي خان ومثل السرقين عندنا ،

(١) ولو سلم - هامش .

قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فيه إن الذي
حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها ، ولأنه ليس بمال في حقنا وقد
ذكرناه . قال أهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في
ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ،

فإنه يجوز بيعه لانتفاع الناس به من غير نكير . وعند الشافعي لا يجوز النجاسة عينه
كالعذرة . قلنا العذرة لا ينتفع بها إلا إذا اختلط بالتراب ، فحينئذ يجوز بيعها تبعاً .

(قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) هذا لفظ القدوري في مختصره ، والأصل فيه
قوله تعالى ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ ﴾ ... الآية ، فقال رجس ، والرجس اسم للحرام
النجس ، ولا يجوز التصرف في الحرام (لقوله عليه السلام فيه) أى لقول النبي ﷺ
(إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها) هذا في حديث مسلم عن ابن عباس رضي الله
عنها ولفظه قال إن الذي حرم شربها حرم بيعها .

(ولأنه) أى ولأن كل واحد من الخمر والخنزير (ليس بمال في حقنا) أى ليس بمال
متقوم في حق المسلمين (وقد ذكرناه) أى في باب البيع الفاسد .

(قال) أى القدوري في مختصره وقال الأكل قال محمد في الأصل لا يجوز بين أهل
الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان ، ونقل مطولاً من الأصل وكان ينبغي له أن يقول
أولاً قال القدوري ثم يقول ما قاله محمد في الأصل تحوزاً عن اللبس (وأهل الذمة في
البياعات) بكسر الباء الموحدة وتخفيف الياء آخر الحروف . قال الجوهرى البياعة السلعة ،
انتهى . فهذا يدل على أن البياعات جمع بياعة والظاهر من هذا أن المعنى أن أهل الذمة في
بيع السلع (كالمسلمين) ولكن الظاهر أن الفقهاء أرادوا بالبياعات البيوع ، وليس في
اللغة ما يدل على هذا (لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (في ذلك الحديث فأعلمهم
أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين) أراد بذلك الحديث أول حديث معاذ رضي
الله عنه لما بعته النبي ﷺ إلى اليمن ، فإنه حديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم وليس
فيه ما ذكر المصنف من قوله ما عليهم ... إلى آخره . وقال مخرج أحاديث الهداية لم

ولأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال إلا في الخمر والخنزير خاصة ،
فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير ، وعقدهم على الخنزير
كعقد المسلم على الشاة ، لأنها أموال في اعتقادهم ، ونحن أمرنا
بأن نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه
ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها .

أعرف الحديث الذي أشار إليه المصنف ولم يتقدم في هذا المعنى إلا حديث معاذ ، وهو
في كتاب الزكاة ، وحديث بريدة وهو في كتاب السير وليس فيها ذلك ، ولم يتعرض أحد
من الشراح إلى تحرير هذا منهم .

(ولأنهم) أى ولأن أهل الذمة (مكلفون) أى بالإيمان (محتاجون) أى في المعاملات
(كالمسلمين) فكانوا محتاجين إلى ما تبقى به أنفسهم ولا تبقى الأنفس إلا بالطعام والشراب
والكسوة والسكنى ، ولا تحصل هذه الأشياء إلا ببشارة الأشياء المشروعة منها البيع ،
فيجب أن يكون مشروعاً في حقهم ليمكنوا من تبقية أنفسهم .

(قال) أى القدوري (إلا في الخمر والخنزير خاصة ، فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم
على العصير ، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة) حاصل الكلام يحل لهم ما يحل
لنا ، ويحرم عليهم ما يحرم علينا من البيوع سوى الخمر والخنزير ، فإنهم أقرؤا بعقد الأمان
على أن يكون ذلك مالاً لهم ، فلو لم يجز تصرفهم خرج ذلك من أن يكون مالاً وفيه
نقض الأمان (لأنها) أى لأن الخمر والخنزير (أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا أن نتركهم
وما يعتقدون ، دل عليه) أى على ما ذكرنا من أننا أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون (قول
عمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها) هذا رواه عبد الرزاق في مصنفه في البيوع
أخبرنا سفيان الثوري عن إبراهيم بن عبد الأعلى الحنفي عن سويد بن غفلة قال بلغ عمر
ابن الخطاب أن عماله يأخذون الجزية من الخمر فنأشدهم ثلاثاً ، وقال له بلال رضي الله عنه
انهم ليفعلون ذلك ، قال فلا تفعلوا ولوهم بيعها فإن اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها
وأكلوا أثمانها ، ورواه أبو عبيد في كتاب الأيمان ، وقال فيه ولوهم بيعها وخذوا
أنتم من الثمن .

قال ومن قال لغيره بـع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز ويأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف درهم ولا شيء على الضمين . وأصله أن الزيادة على الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد ، خلافاً لزفر والشافعي « رض » لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع ، وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو راجحاً

(قال ومن قال لغيره بـع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز) هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير ، وصورة المسألة أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع إلا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه إلا بألف فيجزيه آخر ويقول لصاحب العبد بـع عبدك هذا الرجل بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ، فيقول صاحب العبد بعت كذا فالبيع جائز (ويأخذ الألف) أي يأخذ البائع الألف (من المشتري والخمسمائة أي ويأخذ الخمسمائة (من الضامن) وهو الفضولي الذي لا تعلق له في الوسط .
(وإن كان) أي الرجل الآخر (لم يقل من الثمن جاز البيع بألف درهم ولا شيء على الضمين) ذكر الإمام السرخسي الفرق بين المسألتين أن في المسألة الأولى ضمن الأجنبي وصير نفسه زعيماً حيث قال من الثمن فيجب عليه ، وفي الثانية أنه رقاؤه على البيع بما سماه من المال والرشوة حرام لا يلزم بالضمان (وأصله) أي وأصل ما ذكر من هذه المسألة (أن الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق) أي الزيادة (بأصل العقد ، خلافاً لزفر والشافعي لأنه) أي لأن الإلحاق (تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه) أي كون الثمن (عدلاً) بأن يكون مساوياً لقيمة البيع (أو خاسراً) بأن يكون الثمن أقل من قيمة المبيع (أو راجحاً) بأن يكون الثمن زائداً على قيمة المبيع وكل ذلك مشروع .

ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها

فإن قيل كيف يجب عليه شيء من الثمن بالمبيع ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه . قلنا التزام الثمن بالمبيع مقصوداً فصار كبذل الخلع . وقال تاج الشريعة وإن قلت لو ثبتت هذه الزيادة ثمتنا لتوجهت المطالبة بها على المشتري ثم الضامن يتحمل ولا يطالب المشتري بها ، لأنه لم يلتزمها وإنما يطالب بها من التزمها ، لأن من الثمن في حق من التزمها لا في حق من لم يلتزمها وثبوت الحكم بحسب السبب كالرجل يقول لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل ، وأنكر الأصيل ذلك يصير الكفيل مطالباً دون الأصيل لهذا المعنى ، انتهى .

وقال بعضهم القياس يأبى جواز الزيادة من الأجنبي لأنها بدل مال معاوضة من غير أن يحصل بإزائه عوض ، وذلك لا يجوز اعتباراً بأصل الثمن ، إلا أنا تركنا القياس بالنص الوارد يجوز قضاء الدين من الأجنبي شرعاً وهو حديث أبي قتادة حين امتنع النبي ﷺ عن الصلاة على رجل من الأنصار لكان دين عليه ، قال أبو قتادة هو علي رضي الله عنه وفي مالي يا رسول الله وجوز ذلك منه حتى صلى على الميت وذلك إمضاء منه بذلك المال عوضاً عن دينه من غير أن يحصل له عوض بإزائه ، والزيادة في الثمن من الأجنبي في معناه فيلحق به دلالة .

وقال صاحب النهاية الأولى ما قاله العلماء لأنها لو استدللنا في جواز التزام الزيادة من الأجنبي بهذا الحديث ينبغي أن يجوز لأجنبي التزام أصل الثمن أيضاً إذ الحكم لا يفرق بينها وبالإتفاق لا يجوز التزام أصل الثمن من الأجنبي ، ولأن حكم الحديث كان بعد الوجوب والتزام الزيادة من الأجنبي وقت المعاقدة بل وجوب أصل الثمن على المشتري فعلم أن بينهما فرقاً .

(ثم قد لا يستفيد المشتري بها) أي بالزيادة (شيئاً بأن زاد في الثمن وهو) أي والحال أن الثمن (يساوي المبيع بدونها) أي بدون الزيادة فلماذا كان كذلك (فيصح اشتراطه) أي اشتراط الثمن . وفي بعض النسخ فيصح اشتراطها ، أي اشتراط الزيادة

على الاجنبي كبذل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة ،
فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح وإذا لم يقل لم يوجد فلم
يصح . قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها
الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على
الكمال وعليه المهر ،

(على الأجنبي كبذل الخلع) لأن الخلع لا يسلم شيء للمرأة بمقابلة بدل الخلع لأنه إسقاط
محض واشتراط البدل على الأجنبي جائز فكذلك اشتراط الضمان هنا على غير المشتري
(لكن من شرطها) أي من شرط الزيادة (المقابلة تسمية) بأن يتكلم المتكلم بلفظه من
الثمن (وصورة) بأن يكون المسمى بمقابلة المبيع صورة وإن لم يقابله من حيث المعنى
لكون جميع المبيع حاصلًا للبيع عليه (فإذا قال من الثمن وجد شرطها) وهو المقابلة
(فيصح وإذا لم يقل) من الثمن (لم يوجد) أي شرطه (فلم يصح) لأنها ليست زيادة
في الثمن ، بل هو التزام مبتدأ فيكون بطريق الرشوة وهو حرام .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها
فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية) أي ولاية التزويج (وهو الملك في
الرقبة على الكمال وعليه المهر) قيد بالكمال ، لأنه لو ملك نصفها لا يملك التزويج .

فإن قيل ملك الرقبة سبب ولاية التزويج فكذلك سبب ولاية التصرف أيضاً ، فلم لا
يجوز البيع قبل القبض كما قال مالك ، فإن عنده يجوز جميع التصرفات قبل القبض ،
وعندنا لا يجوز البيع وبه قال الشافعي وأحمد ، ويجوز التزويج والعتق . قلنا لورود
النهي في ذلك والنكاح ليس ببيع ولا في معناه ولا يثبت حكم البيع فيه ، ألا ترى أن
البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض . بخلاف النكاح ، وشرط البيع أن يكون
مقدور التسليم ، بخلاف النكاح فإنه ليس بشرط فيه ، ولهذا لا يجوز بيع الآبقة ويجوز
إنكاحها . وذكر الشهيد في فتاوى الأكبر جاز نكاحها قبل القبض إن تم البيع ، وإن
انتقض بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد والاختار قول أبي يوسف . وذكر الإمام

وهذا قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وإن لم يطأها فليس بقبض . والقياس أن يصير قابضاً لانه تعيب حكمي فيعتبر بالتعيب الحقيقي . وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل ، وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافترقا . قال ومن اشترى عبداً فغاب والعبد في يد البائع

قاضي خان الزد مكرى لو ماتت الجارية قبل لا تبطل النكاح وإن بطل البيع ، ومق لم يطأها حتى مات يجب المهر للمشتري .

(وهذا) أي وطء الزوج (قبض) وعند الشافعي وأحمد ومالك «رح» لا يصير قبضاً (لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته) أي من جهة المشتري (فصار فعله كفعله) أي فعل الزوج كفعل المشتري (وإن لم يطأها) أي الزوج (فليس بقبض ، والقياس أن يصير قابضاً) أي فيصير المشتري قابضاً بمجرد النكاح (لأنه) أي لأن التزويج (تعيب حكمي ، فيعتبر بالتعيب الحقيقي) حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له أن يردها فيصير كالتعيب الحقيقي كقطع اليد وفقء العين .

(وجه الاستحسان أن في الحقيقي) أي في التعيب الحقيقي (استيلاء على المحل) باتصال فعل منه إليه (وبه يصير قابضاً) أي بالتعيب الحقيقي يصير قابضاً (ولا كذلك الحكمي) أي التعيب الحكمي ، فلا يصير قابضاً .

فان قيل يشكل هذا بالإعتاق والتدبير فانها إبقاء بالإستيلاء على المحل بالفعل الحسي ، ومع انه يصير قابضاً بها باجماع العلماء قلنا هما إتلاف من وجه ، لأن الإعتاق إنهاء للملك وإتلاف المالية ، ولهذا ثبتت الولاية . وله من ضرورته أن يصير قابضاً وكذا التدبير في استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية كذا في المبسوط (فافترقا) أي بالوجه المذكور افترق الحكمان المذكوران .

(قال ومن اشترى عبداً فغاب والعبد في يد البائع) أي فغاب المشتري والحال انه

وأقام البائع البينة أنه باعه إياه ، فإن كانت غيبة معروفة لم يبيع في دين البائع لانه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع ، وفيه إبطال حق المشتري ، وإن لم يدر أين هو يبيع العبد وأوفى الثمن لان ملك المشتري ظهر بإقراره ، فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولاً بحقه . وإذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن إذا مات والمشتري إذا مات مفلساً والمبيع لم يقبض . بخلاف ما بعد القبض ، لان حقه لم يبق متعلقاً به ،

لم يدفع الثمن إلى البائع (وأقام البائع البينة) عند القاضي (انه باعه إياه) أى أن البائع باع العبد إياه ، أى للذى اشتراه ثم غاب قبل نقد الثمن ، وهو معنى قوله ولم يقبض الثمن وطلب من القاضي أن يبيعه بدينه (فان كانت غيبته) المشتري (معروفة لم يبيع في دين البائع) على صيغة المجهول ، أى العبد لم يبيع (لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع وفيه) أى وفي بيع العبد (إبطال حق المشتري) لان البيع يبطل حقه في العبد (وإن لم يدر) أى وإن لم يعلم (أين هو) أى المشتري يعني في أى مكان هو (يبيع العبد) في دين البائع (وأوفى الثمن) أى ثمن العبد الذى اشتراه الرجل يوفى من ثمنه الذى يباع لاجل دين البائع (لان ملك المشتري ظهر بإقراره) أى بإقرار البائع أنه باعه إياه (فيظهر على الوجه الذى أقر به) حال كونه (مشغولاً بحقه) أى بحق البائع .

(وإذا تعذر استيفاؤه من المشتري) لاجل غيبة المشتري وعدم معرفة مكانه (يبيعه القاضي) لانه نصيب ناظرأ لمصالح المسلمين (فيه) أى في استيفاء (كالراهن إذا مات المشتري إذا مات مفلساً والمبيع) فان المرتن أحق بالرهون يباع في دينه إذا تعذر الإستيفاء (لم يقبض) فإن المبيع يباع بثمنه .

(بخلاف ما بعد القبض) أى بخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع فإن بينة البائع لم تقبل (لأن حقه) أى حق البائع (لم يبق متعلقاً به) أى بالعبد ، بل صار ديناً في ذمة

ثم إن فضل شيء يمسك للمشتري لأنه بدل حقه . وإن نقص يتبع هو أيضا ، فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه . وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقذ شريكه الثمن وهو قول أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » ، إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه ، لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه ، وهو أجني عن نصيب صاحبه فلا يقبضه . ولهما أنه مضطر فيه

المشتري (ثم إن فضل شيء) من ثمن العبد (يمسك للمشتري) لأن الفاضل له (لأنه بدل حقه) أي لأن الفاضل بدل حق المشتري (وإن نقص) حق البائع من ثمن العبد (يتبع هو أيضا) أي يتبع البائع المشتري أيضا ، يعني يرجع البائع بالنقصان إذا ظفر به .

(فإن كان المشتري اثنين) أي فإن كان مشتري العبد اثنين (فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه) أي ويقبض العبد (وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حق ينقذ شريكه الثمن وهو) أي المذكور من الحكم (قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه ، لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجني عن نصيب صاحبه فلا يقبضه) ذكر هذه المسألة تفريعا لما تقدم والخلاف في موضعين في قبض الكل وفي ولاية الرجوع . واعلم أن الحاضر ليس له أن يقبض العبد حتى يؤدي كل الثمن بالاتفاق ، لأن البائع حبس المبيع بكل الثمن ، فإذا أدى كل الثمن لا يقبض إلا نصيبه ولا يرجع عليه بما أدى عند أبي يوسف ، وعندهما يقبض الكل ويرجع بما أدى .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أنه) أي أن الحاضر (مضطر فيه) أي في دفع

لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن ، لأن البيع
صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير
الرهن . وإذا كان له أن يرجع عليه كان له الحبس عنه

كل الثمن (لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن ، لأن البيع صفقة واحدة
وله) أي للبائع (حق الحبس) أي حبس المبيع لأجل قبض جميع الثمن (ما بقي
شيء منه) أي الثمن ، فيكون مضطر في ذلك (والمضطر يرجع) .

فإن قيل لو كان التعليل بالإضرار مقولاً عليه لما تفاوت الحكم بين أن يكون
الشريك حاضراً أو غائباً كما في صاحب العلو ، فإنه يبني السفل لينبني عليه علوه ، فإنه
لا يكون متبرعاً ببناء السفل سواء كان صاحب السفل حاضراً أو غائباً . وها هنا لو كانا
حاضرين فأراد أحدهما نقد الثمن وقبض نصيبه ليس له ذلك بالاجماع ، ولو نقد نصيبه
كان متبرعاً فيما نقد بالاجماع . قلنا الملك للغائب إنما يثبت في نصيبه باعتبار قبول الحاضر ،
لأن من خاطب الاثنين بالمبيع فقبل أحدهما دون الآخر لم يملك شيئاً منه ، وإذا ثبت أن
الملك له باعتبار قبول الحاضر بمنزلة الوكيل عنه بالشراء ، وإذا نقد الثمن يتمكن من قبض
المبيع ويثبت له حق الرجوع على صاحبه بنصيبه . وأما صاحب العلو فإنه مضطر إلى
أن يتوصل إلى حقه من بناء العلو ، سواء كان صاحب السفل حاضراً أو غائباً ، لأنه ليس
له أن يخاصمه في أن يبني السفل لينبني هو علوه ، فلذلك افترقا .

فإن قيل ما الفرق بين هذا وبين ما إذا استأجر رجلان داراً فغاب أحدهما قبل نقد
الأجرة فنقد الحاضر الأجرة كله فإنه يكون متبرعاً بالاجماع . قلنا انه غير مضطر في
نقد نصيب صاحبه من الأجرة من قبل أنه ليس للأجر حبس الدار لاستيفاء الأجر ، كذا
ذكره التمرقاشي (كمعير الرهن) صورته رجل أعار إنساناً شيئاً ليرهنه فرهنه المستعير
ثم أفلس أو غاب فأهلكه المعير يرجع بما أدى منه عليه وإن كان ذلك الأداء بغير أمره
لأنه مضطر ، فكذا فيما نحن فيه .

(وإذا كان له) أي للبائع (أن يرجع عليه) أي على المشتري (كان له الحبس عنه)

إلى أن يستوفي حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه .
قال ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان ، لأنه
أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة
مثقال لعدم الأولوية . وبمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب
والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة ، لأنه
أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود في كل واحد منهما .

أي حبسه نصيبه (إلى أن يستوفي حقه) وهو الذي ادعى عنه (كالوكيل بالشراء إذا
قضى الثمن) أي ثمن الذي اشترى (من مال نفسه) دون مال الموكل فإنه يرجع عليه بما
أدى من الثمن .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب
وفضة فهما) أي الذهب والفضة (نصفان) يعني من ذهب خمسمائة مثقال ومن الفضة
خمسمائة مثقال ولم يرجع الذهب لاختصاصه بالمثاقيل ، ولم تترجح الفضة لكونها غالبية في
المبايعات لأنها لما تعارضا ولم يوجد المرجح صير إلى قضية الإضافة والبيان فوجب من كل
واحد منها خمسمائة (لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة
مثقال لعدم الأولوية) للترجيح (وبمثله) أي وبمثل المذكور (لو اشترى جارية بألف
من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة) يعني كل عشرة
وزن سبعة (لأنه أضاف الألف إليهما) أي إلى الذهب والفضة (فينصرف إلى الوزن
المعهود في كل واحد منهما) وفي بعض النسخ إلا أنه ينصرف المعهود والمعهود في الذهب
المثاقيل وفي الفضة دراهم .

وقال التمرثاشي لو قال بألف مثقال من الذهب والفضة فهما نصفان لأنه أضاف
العقد إليهما على السواء ويشترط بيان صفتيهما بخلاف الدراهم والدنانير حيث ينصرف إلى
الجيد . وكذا لو قال على مائة مثقال ذهب وفضة فعليه من كل واحد النصف ،
وهكذا في جميع ما يقر به من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضاً أو سلفاً أو غصباً

قال ومن له على آخر عشرة دراهم جيات فقضاء زيوفاً وهو لا يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف « رح » يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لأن حقه في الوصف مرعي كهو في الأصل ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلنا . ولهما أنه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى

أو ودیعة أو بیعاً أو شراء أو مهراً ، وجعلنا في خلع أو وصية أو كفالة ، وكذا لو قال علي كره حنطة وشعير وسهم كان عليه الثلث من كل جنس .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن له على آخر عشرة دراهم جيات فقضاء زيوفاً) أي دراهم زيوفاً (وهو لا يعلم) أي والحال أن صاحب الدين لا يعلم زيافته (فأنفقها) أي فأنفق تلك الزيوف رب الدين (أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد) يعني يكون مؤدياً ما عليه من تلك الدراهم ولا يبقى عليه شيء (وقال أبو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لأن حقه في الوصف) وهو الجودة أو الرداءة (مرعي كهو في الأصل) أي كحقه في القدر حتى لو كان حقه في القدر الذي هو الأصل لم يسقط مطالبته فكذا إذا كان دون حقه وصفاً فيرد المقرض إن كان باقياً وبمثله إن كان مستهلكاً (ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف) منفرداً لعدم انفكاكه (لأنه) أي لأن الوصف (لا قيمة له عند المقابلة بجنسه) لأنه يؤدي إلى الربا ، فإذا كان الأمر كذلك (فوجب المصير إلى ما قلنا) وهو قوله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة رحمه الله ومحمد (أنه) أي المؤدى وهو الزيوف (من جنس حقه) وأوضح ذلك بقوله (حتى لو تجوز به) أي بالمؤدى يعني يؤاخذ مسائلنا لنقصان حقه (فيما لا يجوز الاستبدال) فيه كما في الصرف والسلم (جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى

حقه إلا في الجودة ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا ، وكذا بإيجاب ضمان الأصل ، لأنه إيجاب له عليه ولا نظير له . قال وإذا فرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه ، وكذا إذا باض فيها ، وكذا إذا تكنس فيها ظي لأنه مباح سبقت يده إليه ،

حقه إلا في الجودة ، ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا (إشارة إلى قوله لأنه لا قيمة له عند المقابلة بخنسة .

(وكذا بإيجاب ضمان الأصل) أي وكذا لا يمكن تداركها بإيجاب ضمان الأصل (لأنه) أي لأن إيجاب ضمان الأصل (إيجاب له عليه) أي إيجاب الأصل عليه (ولا نظير له) أي في الشرع . وحاصل الكلام أن الجودة لا يمكن فيها الضمان شرعاً لأنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلاً لعدم تصور الانفكاك ، ولا بإيجاب ضمان الأصل ، لأن المضمون حينئذ هو الأصل والفرض إنه من حيث الأصل مستوف بإيجاب الضمان باعتباره إيجاب له عليه ولا نظير له في الشرع ، واعترض من وجهين ، أحدهما أن إيجاب الضمان على رجل لنفسه لا يجوز إذا لم يقد ، وها هنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وإن كان ملكاً له ، حتى لو اشترى صح . والثاني أن المقصود بالأصلي هو واجباً حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمين فلا يعتبر والجواب عن الأول أن الفائدة إنما هي للفرماء فكان تضمين الشخص لغيره ، بخلاف ما نحن فيه . وعن الثاني أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الأصل تابع له .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا فرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا) أي وكذا لمن أخذ (إذا باض فيها) طير في أرض رجل (وكذا إذا تكنس) وفي بعض النسخ تكسر أي في كناسة ، وهو موضعه ، وفيه بقوله تكسر لأنه لو كسره أحد يكون له (فيها) أي في أرض رجل (ظي) مرفوع لأنه فاعل (لأنه) أي ولأن كل واحد من الفرخ والبيض والظي (مباح سبقت يده إليه) فاستحق ذلك بالسبق

ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه، وكذا البيض
لأنه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه ،
وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك فصار كنصب شبكة
للجفاف . وكما إذا دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر أو
الدراهم في ثيابه لم يكن له ما لم يكفه ، أو كان مستعداً له ،
بخلاف ما إذا غسل النحل في أرضه

(ولأنه) أي ولأن كل واحد من الفرج والبيض والظبي (صيد) فالذي يأخذه هو حق
له بالحديث (وإن كان يؤخذ بغير حيلة) كلمة إن واصله بما قبله .
(والصيد لمن أخذه) بقوله ~~الصيد لمن أخذه~~ (وكذا البيض) حكمه حكم
الصيد (لأنه) أي لأن البيض (أصل الصيد) وأوضح ذلك بقوله (ولهذا يجب الجزاء
على المحرم بكسره) أي بكسر البيض (أو شيه) أي أو شي البيض ، وأشار إلى أن
الحكم المذكور فيما إذا لم يعد صاحب الأرض موضعاً لفراخ الصيد ليأخذه ، وأما إذا أعد
في أرضه موضعاً لذلك فهو له ، وأشار إليه بقوله (وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك)
أي لأجل فراخ الصيد والواو فيه للحال (فصار) حكم هذا (كنصب شبكة للجفاف)
أي لأجل الجفاف فتعلق بها صيد فهو للأخذ ، وكذا إذا نصب خيمة .
(وكما) أي وكذا الحكم (إذا دخل الصيد داره) فهو للاخذ . وقال الاترازي ولو
أن صيداً دخل دار رجل فأغلق عليه الباب فإن كان يقدر على أخذه بغير صيد فقد ملكه ،
ولو أنه أغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم به فلا يملكه ، فإذا خرج منه فهو لمن أخذه
(أو وقع ما نثر من السكر أو الدراهم في ثيابه لم يكن له) فهو لمن أخذه (ما لم يكفه)
أي ما لم يضم صاحب الثياب ثيابه ، فإذا كان كفه فهو له دون غيره (وكذا)
أي وكذا يكون لصاحب الثياب (كان مستعداً له) بأن قصده وتهياً له فحينئذ يكون
له ما وقع في ثيابه .

(بخلاف ما إذا غسل النحل في أرضه) بتشديد السين ، يقال زنجبيل معسل ، أي

لأنه عد من إنزاله فيملكه تبعاً لأرضه كالشجر النابت فيه والتراب
المجتمع في أرضه بجريان الماء .

جعل فيه العسل وعسلت القوم إذا رددت لهم العسل يكون العسل له مطلقاً (لأنه) أي
لأن العسل (عد من إنزاله) الأرض وذكر الضمير وإن كان راجعاً إلى الأرض باعتبار
المكان والانزال بفتح الهمزة جمع النزل وهو الزيادة والفضل ، كذا في المغرب . والحاصل
أنه من ربع الأرض وما فضل منها ، فإذا كان كذلك (فيملكه) أي يملكه صاحب
الأرض العسل (تبعاً لأرضه) لأن العسل غالباً لا يحصل في مطلق المواضع ولا يطر
الغذية فإذا غسل في أرض علم أنه من نبات تلك الأرض (كالشجر النابت فيه) يعني إذا
ثبتت في أرضه فتكون له (والتراب) أي كالتراب (المجتمع في أرضه بجريان الماء)
يكون أيضاً لمالك الأرض ، وإذا لم تكن الأرض معدة كذلك بخلاف الصيد
كما ذكرنا .

★ ★ ★

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان
سمي به للحاجة إلى النقل في بدلية من يد إلى يد . والصرف هو
النقل والرد لغة ،

(مكتاب الصرف)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الصرف . وجه تأخير كتاب الصرف عن بيان
أنواع البيوع ذكر في أول باب السلم ، أو لان الصرف بيع الاثمان والثن في
البياعات يعجرى مجرى الوصف ، والمبيع يعجرى مجرى الاصل لتوقف جواز البيع إلى
وجود المبيع دون الثمن والوصف تابع للأصل .

(قال) أي القدوري (الصرف هو البيع) وفي المبسوط الصرف اسم لنوع بيع
وهو مبادلة الاثمان بعضها ببعض ، أشار إليه المصنف بقوله (إذا كان كل واحد من
عوضيه) أي من عوضي البيع (من جنس الاثمان) إنما قال من جنس الاثمان ولم يقل من
الاثمان ، لان عقد المصرف يشمل التبر والحلي والمضروب والمخلوط . وقال الامام
الاسبيجاني رحمه الله الصرف اسم لمعقود ثلاثة بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة أو
أحدهما بالآخر ، فلما اختص باسم الصرف اختص بشرائط ثلاثة ، وجود التقابض من
الجانين جميعاً قبل التفرق بالابدان ، وعدم اشتراط الخيار فيه ولو أبطل صاحب خياره
قبل التفرق انقلب العقد جائزاً عندنا خلافاً لغيره ، ولا يكون فيه تأجيل ، فإن أبطل
صاحب الاجل قبل التفرق انقلب العقد جائزاً عندنا (سمي به) أي سمي هذا العقد
بالصرف (للحاجة إلى النقل في بدلية من يد إلى يد) أي لحاجة المتصارفين إلى نقل الثمن
من يد أحدهما إلى يد الآخر .

(والصرف هو النقل والرد لغة) أي يعني الصرف لغة هو النقل والرد كذا قاله

ولأنه لا يطلب منه إلا الزيادة إذ لا ينتفع بعينه ، والصرف هو الزيادة لغة ، كذا قاله الخليل ، ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً ، قال فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل وإن اختلفت في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام

الخليل ، ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً ، وذكر في كتاب العين للخليل الصرف فضل الدرهم على الدرهم في القيمة . وقال ابن دريد في الجمهرة وقال بعض أهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة . وقال قوم الصرف الوزن والعدل الكيل (أو لانه) أى ولان الصرف عقد (لا يطلب منه إلا الزيادة) لأنه عقد يرد على مال لا يطلب منه ذاته ، بل يطلب منه الفضل (إذ لا ينتفع بعينه) أي بعين ما يكون ثمناً خلقه فإن غير الدراهم والدنانير ينتفع بعينه كاللحم والثوب وغيرهما من أشياء غير النقدين فيجوز أن تكون الفائدة والمقصود في بيعها الانتفاع بها لا الزيادة ، أما في بيع الصرف لو لم يكون المطلوب الزيادة فيخلو عن الفائدة (والصرف هو الزيادة لغة ، كذا قاله الخليل) فكانت إرادة الزيادة مطلوبة في بيعها ، فلهذا اختص هذا البيع بلفظ الصرف ، وعن هذا قيل لمن يعرف هذا الفضل والزيادة صراف وصيرفي .

(ومنه) أي ومن القول بأن الصرف لغة الزيادة (سميت العبادة النافلة صرفاً) لأنها زائدة على الفرائض . وقال الاترازي وأما قوله سميت العبادة النافلة صرفاً ففيه نظر ، لأن الزنجشري أورد في فائقه في حديث النبي ﷺ في ذكر المدينة من أحدث فيها حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله إلى يوم القيامة ، لا يقبل منه صرف ولا عدل ، فقال الصرف التوبة لأنه صرف للنفس إلى البر عن الفجور والعدل المدينة من المعادلة انتهى . قلت لا وجه في هذا النظر أصلاً ، لأن الصرف ورد لمعاني كثيرة وقد ذكرناه الآن .

(قال) أي القدوري (فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل وإن اختلفت) أي العوضان (في الجودة والصياغة) أما في الجودة بأن يكون أحدهم أجود من الآخر في ذاته ، وأما في الصياغة بأن يكون أحدهما أحسن صياغة من الآخر (لقوله

الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن يداً بيد والفضل ربا ...
الحديث، وقال عليه السلام جيدها ورديتها سواء وقد ذكرناه في
اليبوع . قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ،
ولقول عمر رضي الله عنه وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره .

عمر رضي الله عنه (أي لقول النبي ﷺ) (الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن يداً بيد والفضل
ربا) هذا الحديث قد تقدم في باب الربا (الحديث) بالنصب ، أي اقر هذا الحديث
بتامه ، ويحوز بالرفع ، أي روي هذا الحديث بتامه وقد تقدم تمامه هناك .

(وقال عمر رضي الله عنه جيدها ورديتها سواء) أي قال النبي ﷺ جيد الأموال الربوية
ورديتها سواء في حرمة الزيادة ، وهذا الحديث غريب ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث
أبي سعيد الخدري المتقدم وهو ما رواه مسلم عنه قال رسول الله ﷺ الذهب بالذهب
والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملاح بالملاح مثلاً بمثل يداً بيد ،
فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، الأخذ والعطاء فيه سواء في حديث عبادة بن الصامت
الذهب بالذهب إلى قوله سواء بسواء يداً بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف
شئتم إذا كان يداً بيد (وقد ذكرناه) أي الحديث بالمذكور (في اليبوع) أي في
كتاب اليبوع .

(قال) أي القدوري (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) يعني قبل الافتراق
بالأبدان بإجماع العلماء (لما روينا) وهو قوله يداً بيد (ولقول عمر رضي الله عنه وإن
استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره) هذا رواه محمد بن الحسن في أوائل كتاب الصرف ،
وقال حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما عن
عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب مثلاً بمثل والورق بالورق مثلاً بمثل لا تفضلوا بعضها على
بعض لا يباع منها غائب بناجز ، فإني أخاف عليكم الربا وإن استنظرك إلى أن يدخل
بيته فلا تنظره ، انتهى . قوله استنظرك يخاطب به أحد عاقدَي الصرف يعني إن سألك
صاحبك أن يدخل بيته لإخراج بدل الصرف فلا تمهل . وقال القدوري في شرحه لمختصر

ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن بيع الكالء بالكالء ،
ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقاً للمساواة فلا يتحقق الربا . ولأن
أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان
كالمصوغ ، أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين
الآخر لإطلاق ما روينا .

الكرخي وعن ابن عمر أنه قال إن وثب من سطح فشب معه . وقال الاترازي الربا اما
بالمد يعني الربا وهذا الذي ذكرناه كله دليل على وجوب التقابض قبل الافتراق . وفي
فوائد القدوري المراد بالتقبض هنا القبض بالتزام لا بالتخلية ، وهذا القبض شرط بقاء
العقد على الصحة لا شرط انعقاده صحيحاً يدل عليه قوله فإن افترقا بطل العقد والمشي
إنما يبطل بعد وجوده .

(ولأنه) أي ولأن الشأن (لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن بيع الكالء
بالكالء) أي النسبة بالنسبة ونهى النبي ﷺ عن بيع الكالء بالكالء ، رواه ابن أبي شبة
وإسحاق بن راهوية والبزار في مسانيدهم من حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى النبي
ﷺ أن يباع كالء بكالء يعني ديناً بدين .

(ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقاً للمساواة فلا يتحقق) بالنصب لأنه جواب النفي ،
وهو قوله لا بد ، والمعنى كيلا يتحقق (الربا) إذ في عدم قبض الآخر شبهة ببيع النقد
بالنسبة فيتحقق شبهة الربا وقد نفى النبي ﷺ عن ذلك . وقال الكاكي رحمه الله
فإن قيل يشكل على هذا التعليل ما إذا باع المصوغ بالمضروب ، فإن المصوغ مما يتعين
بالتعين ، ومع ذلك يشترط قبضها إذ النسبة بالنسبة أن ما تكون باعتبار عدم التعيين ،
ومع ذلك يشترط قبضها ، لكن فيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمناً خلقه فيشترط قبضه
اعتباراً للشبهة في باب الربا .

(أو لأن أحدهما) دليل آخر ، أو لأن أحد العوضين (ليس بأولى) بالقبض (من الآخر
فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ) والتبر (أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين
أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب

ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمناً خلقه
فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة في الربا ، والمراد منه الافتراق
بالأبدان حتى لو ذهباً عن المجلس يمشیان معاً في جهة واحدة أو ناما
في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر « رض »
وإن وثب من سطح فثب معه ،

مثلاً بمنزل ، وهو يتناول المضروب وغيره (ولأنه) أي ولأن بيع المصوغ بالمصوغ (إن
كان يتعين) يعني بالتعيين (ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمناً خلقه) أي لكونه خلق
ثمناً ، فإذا كان كذلك (فيشترط اعتباراً للشبهة في الربا) حاصل هذا أن قوله ولأنه إن
كان يتعين جواب عما يقال ببيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لأنه كالي وبكالي ،
وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعيينه بالتعيين فأجاب بقوله ولأنه إلى آخره .

وقال الاكمل رحمه الله ، فإن قيل فعلى هذا أي على الذي ذكره المصنف يلزم في بيع
المضروب بالمصوغ نسيئة بشبهة الفضل ، فإذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين
كان بالنظر إلى كونه خلقاً ثمناً شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الأولى ،
والشبهة هي المعتبر دون النازل عنها . أوجب بأن عدم الجواز في المضروب نسيئة بقوله
يدأ بيد لا بالشبهة ، لأن الحكم في موضع النص يضاف إليه لا إلى العلة فتكون الحرمة في
هذه الصورة باعتبار الشبهة

(قال) أي القدوري (والمراد منه) أي من قوله قبل الافتراق (الافتراق بالأبدان)
دون المكان (حتى لو ذهباً عن المجلس) أي المتعاقدان بالصرف حال كونها (يمشیان معاً
في جهة واحدة) قيد بهما لأنهما لو مشيا في جهتين مختلفتين يبطل الصرف لوجود الافتراق
بالأبدان (أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر) أي لقول
عبدالله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما (وإن وثب من السطح فثب معه) وقد مر
الكلام في قول ابن عمر هذا عن قريب . قوله فثب بكسر التاء المثناة وسكون الباء أمر من
وثب يشب ، وأصل يشب يوثب فحذفت الواو لوقوعها بين الباء والكسرة والامر منه

وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم . بخلاف خيار
المخيرة لأنه يبطل بالإعراض . وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل
لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربا
إلا هاء وهاء ، فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين

يجيء اثب على وزن أعل ، لأن المحذوف منه فاء الفعل (وكذا المعتبر ما ذكرناه) أي
وكذا الذي يعتبر ما ذكرناه وهو الافتراق بالأبدان (في قبض رأس مال السلم) أراد أن
قبض رأس المال قبل الافتراق بالأبدان في السلم شرط .

(بخلاف خيار المخيرة) هذا يرتبط بقوله لا يبطل الصرف يعني ان الصرف لا يبطل
بذهاب العاقدين معاً وخيار المخيرة يبطل (لأنه) أي لأن خيارها (يبطل بالإعراض)
لأن اشتغالها بالمشي وإن كان مع زوجها دليل الإعراض عما جعل إليها فيبطل خيارها
وإن لم تفارق الزوج ، كذا قال القدوري في شرحه . وعن محمد رحمه الله في رواية أنه
جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال يبطل بما هو دليل الإعراض كالقيام عن المجلس ،
كذا في الذخيرة .

(وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه
السلام) أي لقول النبي ﷺ (الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء) هذا الحديث رواه الأئمة
الستة في كتبهم عن مالك بن أوس بن الحدثان عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي
ﷺ الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء . الورق بكسر الراء الفضة . قوله ربا أي حرام
بطريق إطلاق اسم المذموم على اللازم مجازاً ، وذلك لأن الربا يستلزم الحرام . قوله هاء
وهاء مقصوران وممدودان ومعنى هاء خذ ، ومنه قوله تعالى ﴿ هاؤم اقرأوا كتابية ﴾
١٩ الحاقة ، وقال الكاكي وفي بعض الرويات إلا يبدأ بهاء وهاء وهو تأكيد لقوله يبدأ
بيد ، كأنه قال إلا يبدأ مع التقابض ، كذا في المغرب قلت ولم أقف على هذه الرواية في
كتب الحديث .

(فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين) هذا متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين

أو أحدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض، ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الأجل، لأن بأحدهما لا يبقى القبض مستحقاً، وبالثاني يفوت القبض المستحق، إلا إذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقررره، وفيه خلاف زفر «رح». قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه، حتى لو باع ديناراً بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد، لأن القبض

لبقاء العقد (أو أحدهما) أي أو أحد المتعاقدين (بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض، ولهذا) أي ولأن الافتراق بلا قبض مبطل (لا يصح شرط الخيار فيه) أي في الصرف قيد بشرط الخيار لأن خيار العيب وخيار الرؤية يشبان في الصرف كما في سائر العقود، إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في العين وقد مر ذلك في أول كتاب الصرف (ولا الأجل) أي ولا يصح الأجل فيه أيضاً (لأن بأحدهما) وهو شرط الخيار (لا يبقى القبض مستحقاً) لأن الخيار يمنع الملك (وبالثاني) أي الأجل (يفوت القبض المستحق) بالعقد (إلا إذا أسقط الخيار في المجلس) يعني منها إن كان الخيار لهما أو ممن له ذلك (فيعود إلى الجواز) أي جواز العقد (لارتفاعه قبل تقررره، وفيه خلاف زفر) أي لارتفاع سبب الفساد قبل تقررره، وهذا عند أصحابنا الثلاثة بالاستحسان والقياس أن لا يجوز العقد بعد وقوعه على فساد وهو قول زفر.

(قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) هذا لفظ القدوري. قال الأترابي أعلم أن أحد المتعاقدين في الصرف إذا أبرأ صاحبه مما عليه قبل القبض أو وهبه أو تصدق به عليه وقبل الآخر بطل الدين وانتقض الصرف ولم يقبل من عليه لم يبطل (حق لو باع ديناراً) إيضاح لما قبله، يعني لو باع شخص ديناراً لرجل آخر (بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة، حتى لو اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد، لأن القبض

مستحق بالعقد حقاً لله تعالى وفي تجويزه فواته ، وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر ، لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها ، ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع ، لأن البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعاً لعدم الأولوية . وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه .

مستحق) أي واجب (بالعقد حقاً لله تعالى) حق لا يسقط بإسقاط المتعاقدين (وفي تجويزه) أي وفي تجويز بيع الثوب (فواته) أي فوات حق الله عز وجل .
فإن قيل في عدم تجويزه فوات حق العبد وحق العبد مقدم على حقه تعالى ، قلنا إنما يكون حق العبد مقدماً بعدما ثبت حقه ، وهاهنا لم يحز بيعه في الثوب فكيف يكون حقه مقدماً .

(وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر ، لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها) أي مطلق الدراهم ، إذ الإطلاق والإضافة إلى بدل العقد الصرف سواء ، وإنما قال عن زفر لأن الظاهر من مذهبه كمنه ذهب أصحابنا الثلاثة (ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع ، لأن البيع لا بد له منه) أي من المبيع (ولا شيء سوى الثمنين) فيجعل كل واحد منهما مبيعاً لعدم الأولوية يعني أن عقد الصرف بيع لأنه مبادلة مال بمال ، وهذا لو حلف لا يبيع فصارف يحنث في يمينه ، والبيع ما يشتمل على مبيع وثمن وليس كل واحد من بدلي الصرف بأن يحمل مبيعاً أولاً من الآخر (فيجعل كل واحد منهما) ثمناً من وجه (مبيعاً لعدم الأولوية) من وجه ضرورة إنعقاد البيع .

(وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز) كما قلنا في المقايضة (وليس من ضرورة كونه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره بأن يقال

ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة ، لأن المساواة غير مشروطة فيه ،
ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا ، بخلاف بيعه بجنسه
مجازفة لما فيه من احتمال الربا . قال ومن باع جارية قيمتها ألف
مثقال فضة وفي عنقها

لو كان كل واحد من بدلي الصرف مبيعاً لكان متعيناً . فأجاب عنه منع الملازمة كما في
المسلم فيه ، لأنه مبيع واجب في الذمة وليس معين .

(ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) هذا لفظ القدوري رحمه الله واعلم أن بيع
الذهب بالفضة أو الفضة بالذهب يجوز مجازفة سواء كانا متساويين في الوزن أقل كان
أحدهما أو أكثر من الآخر لأن المساواة ليست بشروطة عند اختلاف الجنسين لما روي من
حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال إذا اختلفت هذه الأصناف
فبيعوا كيف شئتم ، فإذا كان يدأ بيد ، فلما لم تكن المساواة مشروطة لم تكن المجازفة
حراماً ، لأن حرمة المجازفة لاحتمال التفاضل وهو معنى قوله (لأن المساواة غير مشروطة
فيه) أي في بيع الذهب بالفضة (ولكن يشترط القبض في المجلس) أي يشترط التقابض
قبل الافتراق بالأبدان لهذا الحديث ، وهو معنى قوله (لما ذكرنا) أي الحديث الذي
ذكره فيما مضى وفي البيوع أيضاً .

(بخلاف بيعه) أي بيع الذهب (بجنسه) أي بالذهب (مجازفة لما فيه) أي في هذا
البيع (من احتمال الربا) حاصل المسألة أن بيع الذهب أو الفضة بالجنس لا يجوز إذا لم
يعرف المعقدان وزن واحد منهما أو كانا يعرفان وزن واحد منهما ولا
يعرفان وزن الآخر أو كان أحدهما يعرف الوزن دون الآخر . وقال زفر رحمه الله إذا
وزنا فوجد أحدهما سواء عرف في المجلس أو بعد التفرق ، عندنا إذا وزنا في المجلس فكأننا
سواء جاز ، وإن وزنا بعد التفرق فوجدنا سواء فسد .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها

طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال
ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة، لأن قبض حصة الطوق واجب في
المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب، وكذا لو
اشتراهما بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقد فالنقد ثمن الطوق،
لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على
وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفاً محلي بمائة درهم
وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع فكان المقبوض حصة
الفضة وإن لم يبين ذلك لما بينا،

طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد
ثمن الفضة، لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس (لكونه حقاً للشرع) لكونه بدل
الصرف، والظاهر منه الاتيان بالواجب (تفريفاً للزمة، لأن من حال المسلم أن يؤدي
الواجب ولا يخل به، وهذا كما إذا ترك سجدة في صلاة صلبية وسهى أيضاً ثم أتى
بسجدة في السهو في آخر الصلاة وسلم فصرف إحداهما إلى الصلبية وإن لم ينوها لكون
الاتيان بها على وجه الصحة. وكذا لو طاف للصدر ولم يطف للزيارة^(١) بطواف الصدر
إلى طواف الزيارة ليكون الاتيان بالحج على وجه الصعوبة والخروج عن المهددة بيقين.

(وكذلك لو اشتراهما) أي الجارية والطوق (بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقداً
فالنقد ثمن الطوق، لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية) والظاهر من حالها
المباشرة على وجه الجواز، وهو معنى قوله (والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما)
أي من المعاقدين (وكذا) أي وكذا الحكم (لو باع سيفاً محلي بمائة درهم وحليته خمسون ودفع
من الثمن خمسين جاز البيع فكان المقبوض حصة الفضة وإن لم يبين ذلك لما بينا) من قولنا
أن الظاهر منه الاتيان بالواجب.

(١) هنا كلمة غير مقروءة.

وكذلك إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنها لأن الاثنين قد يراد
بذكرهما الواحد ، قال الله تعالى ﴿ يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ﴾
٢٢ الرحمن . والمراد أحدهما فيحمل عليه بظاهر حاله ، فإن
لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية ، لأنه صرف فيها ، وكذا
في السيف وإن كان لا يتخلص إلا بضرر ، لأنه لا يمكن تسليمه
بدون الضرر ،

(وكذلك) أي الحكم (إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنها) أي من ثمن الجارية ومن
ثمن الطوق ، لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح مهما أمكن وقد أمكن هنا (لأن
الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد) مجازاً عند قيام الدليل هنا ، وقد قام الدليل لأن إذا
ثمن الطوق واجب في المجلس ونظر المصنف لذلك بقوله (قال الله تعالى ﴿ يخرج منهما
اللؤلؤ والمرجان ﴾ ٢٢ الرحمن) أي من البحرين العذب والملح ، والمراد بعدهما ، إذ
اللؤلؤ والمرجان يخرجان من الملح دون العذب لما أن العذب والملح يلتقيان فيكون العذب
كانماج للملح ، كما يقال الولد من الذكر والانثى مع أن الولد تله الانثى ، كذا في التيسير
(والمراد أحدهما) أي أحد البحرين وهو البحر الملح (فيحمل عليه) أي قوله خذ
هذه الخمسين من ثمنها على أحدهما ، وهو الطوق (بظاهر حاله) أي حال المسلم أنه
لا يباشر إلا على وجه الجواز .

(فإن لم يتقابضا حتى افترقا) بالأبدان (بطل العقد في الحلية ، لأنه صرف فيها)
أي في العقد وقدرات شرطه (وكذا في السيف) أي وكذا بطل العقد في السيف أيضا
(إن كان لا يتخلص) أي الحلية (إلا بضرر ، لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر)
كما لا يجب تسليم الجوهر على الغاصب إذا ركبه في حلية ولا يمكن تخليصه إلا بضرر
فيلحق بالغصب مع أنه جاز .

فإن قيل ينبغي أن يجعل الحلية تبعا للسيف . قلنا إنما يجعل الشيء تبعا لغيره إذا
كان مكيلا للمعنى المقصود ، وهامنا المقصود من السيف . فإن قيل إن البائع رضي بضرر

ولهذا لا يجوز إقراره بالبيع كالجذع في السقف وإن
كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل
في الحلية لأنه أمكن إقراره بالبيع فصار كالطوق والجارية ،
وهذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه ، فإن كانت مثله
أو أقل منه

التخليص حيث باعه مركباً مع علمه أن البيع يقتضي الرضى ولم يوجد من الغاصب رضى ضرر
التخليص . قلنا لا نسلم أنه رضى به لأنه باع كليهما وظنه وجوب التسليم بالسيف لا بطريق
الإنفراد . فإن قيل فيه تفريق الصفقة فينبغي أن لا يجوز في الكل . قلنا التفريق إنما
يكون بمد العقد والمقد لم ينعقد في الحلية لفقد شرط الجواز . فإن قيل ليس كذلك فإن
العقد موجود فيهما بدليل قوله وبطل العقد ، قيل اختلف المشايخ فيه على أن التفريق
إنما يكون أن لو كان هذا مضافاً إلى المعاهد كما في النظائر ولم يوجد ، إذ المراد بالبطلان
عدم الانعقاد .

(ولهذا) أي ولأجل عدم إمكان تسليمه إلا بضرر (لا يجوز إقراره) أي أفراد
السيف (بالبيع كالجذع في السقف) أي كما لا يجوز أفراد بيع الجذع في السقف
لعدم إمكان تسليمه إلا بضرر ظاهر (وإن كان يتخلص السيف) أي في الحلية
(بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية ، لأنه أمكن إقراره بالبيع كالطوق
والجارية) أي فصار حكمه حكم بيع الجارية التي في عنقها طوق فضة وقد مر بيانه
(وهذا) أي جواز البيع في السيف وبطلانه في الحلية فيما (إذا كانت الفضة المفردة
أزيد مما فيه) أي في السيف ، أي من فضة الحلية التي في السيف ، وهي الفضة
المضمونة إلى السيف ، لأنه حينئذ تكره الفضة بالفضة والباقي بمقابلة الفصل ، والحفر
والحمال ، ولكن بطلانه في الحلية لفوات شرط جواز العقد بقاء وهو التقابض
قبل الافتراق .

(فإن كانت) أي الفضة المفردة (مثله) أي مثل ما في السيف (أو أقل منه) أي

أولا يدري لا يجوز البيع للربا أو لاحتاله وجه الصحة من وجه وجهة
الفساد من وجهين فترجحت. قال ومن باع إثناء فضة ثم افترقا وقد قبض
بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض ، وكان الإثناء
مشتركا بينهما لأنه صرف كله فصح فيها وجد شرطه وبطل فيما
لم يوجد ، والفساد طارئ لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع .
ولو استحق بعض الإثناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي
بحصته وإن شاء رده ، لأن الشركة عيب في الإثناء .

أقل ما في السيف من الفضة (أولا يدري) أقل أو أكثر أو مثله (لا يجوز البيع للربا)
لأنه في صورة العقل (أو لاحتاله) أي أو لاحتال الربا على الصورة التي لا يدري (وجهة
الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين) المساواة والنقصان (فترجحت) أي جهة
الفساد . واعتراض بأن كل جهة منهما علة للفساد فلا يصح التصحيح وأجاب شمس الأئمة
الكردي رحمه الله بأن مراده إذا كان أحدهما يكفي للحكم ، فما ظنك بهما إلا بالترجيح
الحقيقي إذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة .

(قال) أي القدوري (ومن باع إثناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع
فما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإثناء مشتركا بينهما لأنه) أي لأن هذا العقد (صرف
كله فصح فيما وجد شرطه) أي شرط الصرف (وبطل) أي العقد (فيما لم يوجد) أي
الشرط وهو التقابض (والفساد طارئ) أي عارض ، لأن العقد انعقد صحيحاً ثم فسد
لعدم القبض ، وهو معنى قوله (لأنه) أي لأن العقد (يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع)
أي للفساد ، كما إذا باع عبيد ومات أحدهما قبل القبض ، فإن البيع يبقى في الباقي
ويبطل في المالك ولا يثبت الخيار للمشتري بفعله وهو عدم النقد في بدل الصرف .

(ولو استحق بعض الإثناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده ،
لأن الشركة عيب في الإثناء) لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب لأنها تنقبض بالتبعية ،

ومن باع قطعة نفرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصته ولا خيار له ،
لأنه لا يضره التبعض . قال ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين
جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه . وقال زفر والشافعي
« رح » لا يجوز ، وعلى هذا الخلاف إذا باع كرسعير وكري حنطة
بكري حنطة وكري شعير . لهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس
تغيير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على
الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز ، وإن كان فيه

والإناء ينقبض بالتبعض ، بخلاف مامر ، لأن الشركة فيه وقعت بصنعه . وقال زفر
والشافعي « رح » لا يجوز وهو القياس وهو قول أحمد أيضاً (ومن باع قطعة نفرة) وهي
قطعة فضة مدابة كذا في تهذيب الديوان . قال الأتزازي رحمه الله فعلى هذا تكون
الإضافة في قوله قطعة نفرة من قبيل إضافة الجنس إلى النوع (ثم استحق بعضها أخذ
ما بقي بحصته ولا خيار له ، لأنه لا يضره التبعض) بخلاف الإناء فإذا لم يكن عبأ لم
يثبت الخيار لأن الخيار لا يثبت بلا سبب .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز
البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه) تصحيحاً للعقد ، وكذا على هذا إذا باع كرسعير
وكري شعير بكري حنطة وكري شعير أو باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا
يعلم حكمها يصح البيع عندنا (وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز) وبه قال أحمد
رحمه الله (وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي وزفر (إذا باع
كر حنطة وكري شعير بكري شعير وكري حنطة) يصح عندنا خلافاً (لهما) أي لزفر والشافعي
(إن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه) أي تصرف البائع (لأنه قابل الجملة بالجملة
ومن قضيته) أي ومن قضية التقابل (الانقسام على الشيوع لا على التعيين) ومعنى الشيوع
هو أن يكون الكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر (والتغيير لا يجوز وإن كان فيه

تصحیح التصرف كما إذا اشترى قلباً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مراجعة لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب . وكذا إذا اشترى عبداً بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه ، وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده ، وكذا إذا باع ثوباً بدرهم وثوب واقتراً من غير

تصحیح التصرف) لأنه يعتبر المقابلة غير الأولى ، ويكون التصرف تصرفاً آخر . والواجب تصحيح تصرف العاقل على الوجه الذي باشره وقصده لا على خلاف ذلك والعاقد إن قصد المقابلة المطلقة لا مقابلة الجنس إلى خلاف الجنس ، وهي إنشاء تصرف آخر وفسخ التصرف الأول .

(كما إذا اشترى قلباً) بضم القاف وسكون اللام ولباء الموحدة وهو السوار ذكر هذه المسألة دليلاً على صحة وقوع المسألة المذكورة صورتها إذا اشترى قلباً (بعشرة) يعني سواراً وزنه عشرة دراهم (وثوباً بعشرة) أي ثوباً قيمته عشرة دراهم بعشرة دراهم (ثم باعهما مراجعة) يعني بعشرين درهماً (لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب) خاصة تصحيحاً لتصرفه (وكذا) أي نظيرها (إذا اشترى عبداً بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز) أي العقد (في المشتري) بفتح الراء (بألف) درهم لأنه شراء ما باع بأقل مما باع ، وهذا لا يجوز عندكم أيضاً (وإن أمكن تصحيحه) أي تصحيح العقد (بصرف الألف إليه) أي إلى المشتري والباقي إلى العبد الآخر .

(وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده) أي نظيرها (وكذا إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب واقتراً من غير

قبض فسد العقد في الدرهمين^(١) ولا يصرف الدرهم إلى الثوب لما ذكرنا . ولنا أن المقابلة المطلقة تحتل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وأنه طريق متعين لتصحيحه فتحمل عليه تصحيحاً لتصرفه . وفيه تغيير وصفه لا أصله ، لأنه يبقى

قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم إلى الثوب) وإن أمكن تصحيح التصرف يصرف الجنس إلى خلاف الجنس (لما ذكرنا) أشار به إلى قوله ومن قضية الإنقسام على الشيوع لا على التمين .

(ولنا أن المقابلة المطلقة) يعني المقابلة التي ذكرها مطلقاً (تحتل مقابلة الفرد بالفرد) قال تاج الشريعة يعني يحتمل أن يقابل أحد الجنسين بالجنس الآخر بأن يقابل الدرهمان بالدينارين ، والدينار بالدرهم (كما في مقابلة الجنس بالجنس) بأن باع دينارين بدينارين يكون الفرد بمقابلة الفرد بالاتفاق ، ألا ترى أنه لو قبض كل واحد منها ديناراً لجاز العقد ، ولو كان مقابلاً بالآخر يكون العقد فاسداً ، لأن المقبوض حينئذ يكون مقابلاً بالمقبوض وغير المقبوض (وإنه) أي وإن مقابلة الفرد على تأويل التقابل (طريق متعين لتصحيحه) أي لتصحيح العقد بأن يكون الواحد بالواحد والاثنان بالاثنتين فيلزم منه صرف شيء إلى خلاف جنسه فيصح العقد (فتحمل عليه تصحيحاً لتصرفه) أي على مقابلة الفرد بالفرد على تأويل التقابل إذ تصحيح كلام العاقد تقتضيه ديانته وعقله واجب ما أمكن .

(وفيه) أي فيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد (تغيير وصفه) أي وصف العقد وهو بطلان صفة الشيوع (لا أصله) أي لا تغيير أصل العقد كما قاله خصم لأن تغيير أصل العقد الصحيح يوجب الملك قبل القبض . فلو قلنا بانقسام على طريق الشيوع كما قاله الخصم يفسد العقد ولا يثبت الكل قبل القبض فيلزم تغيير أصل العقد لرعاية وصف العقد ، فكان ما قلنا أهون التغييرين ، فكان أولى (لأنه) أي لأن تغيير الوصف لا الأصل (يبقى

(١) الدرهم - هامش .

موجبه الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل ، وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه . بخلاف ما عدا من المسائل . أما مسألة المراجعة لأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب والطريق في المسألة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشتري .

موجبه الأصلي) ويبقى من الإبقاء وموجبه منصوب به ، والأصلي بالنصب صفته (وهو) أى الموجب الأصلي (ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل) الكل الأول هو الدرهم والدينار ، والكل الثاني هو الدرهم والديناران

(وصار هذا) أى صار حكم هذا (كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف) أى بيعه (إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه) أراد أن العقد يصرف إلى نصف البائع لا إلى النصف الشائع بين النصيبين (بخلاف ما عدا من المسائل) .

(أما مسألة المراجعة) هذا شروع في الجواب عن المسائل المتشبه بها ، فقله خلاف مسألة المراجعة جواب عن المسألة الأولى وهو بنظرها مسألة المراجعة المذكورة على المسألة الخلافية ، أراد أن مسألة المراجعة ليست كذلك (لأنه) أى لأن عقد المراجعة (يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب) فإن الربح لو صرف إلى الثوب خاصة كان بائناً للقلب الذي وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم ، وهو تولية في القلب ، والتولية ضد المراجعة ، والشئ لا يتناول ضده .

(والطريق التصحيح في المسألة الثانية غير متعين) لأنه متعدد فيبقى الثمن مجهولاً فيفسد العقد (لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشتري) وهذا لأننا لو صرفنا خمسمائة أو أقل من ذلك بدرهم أو درهمن أو ثلاثة ونحو ذلك إلى العبد الآخر لا يلزم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، بخلاف ما نحن فيه ، فإن طريق التصحيح متعين وهو صرف الجنس إلى خلاف الجنس .

وفي الثالثة أضيف البيع إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده . وفي الأخيرة انعقد العقد صحيحاً والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الإبتداء . قال ومن باع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم ، لأنه شرط البيع في الدراهم التام على ما روينا ، فالظاهر أنه أراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما

(وفي الثالثة) أي وفي المسألة الثالثة (أضيف البيع إلى المنكر) وهو قوله وكذا إذا اشترى عبداً (وهو ليس بمحل للبيع) أي المنكر لجهالته (والمعين ضده) أي المنكر والشيء لا يتناول ضده ، ويشكل عليه مسألة عبدي أو حاري حر ، فإن عند أبي حنيفة يعتق العبد لاستعارة المنكر المعرفة .

(وفي الأخيرة) أي في المسألة الأخيرة وهي ما إذا باع درهماً أو ثوباً بدرهم وثوب واقتراً من غير قبض (انعقد العقد صحيحاً) سواء كان الجنس مقابلاً بالجنس أو بخلافه (والفساد في حالة البقاء) يعني الفساد وقع في حالة البقاء بالإقتراق من غير قبض (وكلامنا في الإبتداء) يعني الذي نحن فيه لا يصح العقد فيه ابتداء بدون صرف الجنس إلى خلاف الجنس فافترقا .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن باع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ، ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم ، لأن شرط البيع في الدراهم التام على ما روينا) من الحديث المشهور (فالظاهر أنه أراد به) أي بالبيع (ذلك) أي التام (فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان فلا يعتبر التساوي فيهما) لاختلاف الجنسين ، وإنما جوزنا على هذا الوجه حملاً لأمر المسلمين على الصلاح ، ولأن كل عين جاز بيعها يحنسها جاز بغير جنسها كالثياب .

ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهباً بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وإن لم تبلغ فمع الكراهة وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربا ، إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا . ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز . ومعنى المسألة إذا باع

(ولو تبايعا فضة بفضة) ذكر هذه المسألة تقریباً وليست المذكورة في الجامع الصغير ولا في القدوري (أو ذهباً بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر) أي والحال أن مع أقل الوزنين منهما شيء آخر من خلاف جنسه (يبلغ قيمته) أي قيمة ذلك الشيء (باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وإن لم يبلغ فمع الكراهية) أي يجوز مع الكراهية ، وذكر هذه المسألة في الإيضاح على الخلاف فقال روي عن محمد رحمه الله أنه إذا باع الدرام بالدرام وفي أحدهما فضل من حيث الوزن وفي الجانب الذي لا فضل فيه فلو قال هو جائز في الحكم ولكني أكرهه حتى روي عن محمد رحمه الله أنه قيل له كيف تجد ذلك في قلبك ، قال مثل الجبل . وقال أبو حنيفة رحمه الله لا بأس به لأنه أمكن تصحيحه بأن يجعل الجنس بالجنس والزيادة بإزاء الفلوس .

(وإن لم يكن له قيمة) أي وإن لم يكن للشيء الآخر قيمة (كالتراب) ونحوه (لا يجوز البيع لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا ، ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وهذه المسألة على وجهين ، أما إن باع الدينار بالعشرة التي عليه أو باعه بعشرة مطلقة وقبض الدينار وحمل ثمن الدينار قصاصاً بالعشرة فالأول جائز بلا خلاف والثاني جائز استحساناً ، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي وأحمد رحمهم الله .

(ومعنى المسألة) هذا من كلام المصنف رحمه الله ، أي معنى المسألة المذكورة (إذا باع

بعشرة مطلقة . ووجهه أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه
تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع بالمقاصة بنفس
البيع لعدم المجانسة ، ، فإذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الأول والإضافة
إلى الدين ، إذ لولا ذلك يكون استبدالاً ببديل الصرف . وفي
الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد

بعشرة مطلقة) يعني لم يقيده بالعشرة التي عليه ، لأنه لو أضاف العقد إلى العشرة التي
عليه يجوز البيع بلا خلاف ، وفي المطلقة يجوز عندنا استحساناً ، وعند زفر رحمه الله
لا يجوز قياساً ، وجه القياس أن هذا استبدال ببديل الصرف فلا يجوز كما لو أخذ ببديل
الصرف عرضاً أو ديناراً ، أشار إلى وجه الاستحسان بقوله (ووجهه) أي وجه الجواز
الذي هو استحسان (أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض) لأن العقد لما
أطلق وجب به ثمن يجب تعيينه بالقبض كيلا يلزم الربا (لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة)
إشارة إلى قوله ولا بد من قبض الموضين قبل الافتراق (فلا تقع المقاصة بنفس العقد)
لأن الدين لا يصلح وفاء لذلك فلم يكن قصاصاً (لعدم المجانسة) من العين والدين .

(فإذا تقاصا) يعني بالتراضي جاز ذلك عندنا لأنه (تضمن ذلك فسخ الأول) أي
الصرف الأول وهو الصرف المطلق وهو بيع الدينار بعشرة مطلقة (والإضافة) أي
وتضمن ذلك أيضاً إضافة العقد (إلى الدين) وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين ،
فصار كأنه قال اشتريت هذا الدينار منك بالعشرة التي لك علي وقبل الآخر يعني عند
اتفاقهما على المقاصة يجعل كأنهما فسحا الأول ثم جدوا العقد مضافاً إلى ذلك الدين لأنها
قصدا تصحيح هذه المقاصة ولا طريق له سوى هذا ، ولهذا شرطنا تراضيها على المقاصة
هاهنا ، وإن كان في سائر الديون تقع المقاصة بدون التراضي (إذ لولا ذلك) يعني لولا
تحويل العقد إلى صرف آخر وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين (يكون استبدالاً
ببديل الصرف) قبل القبض وهو لا يجوز .

(وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد) هذا في الحقيقة جواب عن سؤال

على ما نبينه . والفسخ قد يثبت بطريق الإقتضاء كما إذا
تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة ، وزفر درهم ، يخالفنا فيه لأنه
لا يقول بالإقتضاء ،

مقدر وهو أن يقال المقاصة إنما تصح إذا كان وجوب بدل الصرف قائماً ، فإذا بطل عقد
الصرف بالفسخ كيف توجد المقاصة ، لأن الفاتت بالإقتضاء يجب أن يثبت على وجه لا
يبطل به المقتضى ، فإذا ثبت الفسخ المقتضى بطل المقتضى وهو المقاصة ، لأن المقتضى
قيام العشرة الثابت بالمقد وقد فات بالفسخ . وتحرير الجواب أن يقال إضافة أي
بإضافة المقد ابتداء إلى الدين أي للعشرة التي عليه تقع المقاصة بنفس المقد ، وإنما
تبطل المقاصة عند فسخ الأول إذا لم يتجدد عقد جديد ، وهما ما جدد العقد فصح
المقاصة به .

فإن قيل لو فسخ الصرف ضمناً ينبغي أن يشترط القبض ، لأن الإقالة ببيع حق الثالث .
قلنا صارت الإقالة ما هنا في ضمن المقاصة فجواز أن لا يثبت حكم البيع لمثل هذه الإقالة
بل يثبت حكم البيع إذا كانت الإقالة قصداً (على ما نبينه إن شاء الله تعالى)
إشارة إلى قوله فكفى ذلك للجواز أي الإضافة إلى الدين كاف للجواز لأنه دين يسقط لا
خطر فيه .

(والفسخ قد يثبت بطريق الإقتضاء) هذا جواب أيضاً عما يقال أن العقد لو فسخ
للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الإقالة ، لأن للإقالة حكم الصرف
وتقرير الجواب أن الفسخ ضمني يثبت في ضمن المقاصة بطريق الإقتضاء ، فجواز
أن لا يثبت بعد هذا حكم البيع (كما إذا تبايعا بألف) يعني عقداً بألف درهم (ثم بألف
 وخمسمائة) أي ثم تبايعا ، فإن العقد الأول يفسخ ضرورة بثبوت الثاني .

(وزفر رحمه الله يخالفنا فيه) أي فما ذكرنا من الحكم المذكور (لأنه) أي لأن زفر
(لا يقول بالإقتضاء) وخالفنا فيه كما خالف في قوله أعتق عبدك أعني بألف درهم . فإن
قيل يشكل عليه الشراء بأن قال ان شريتك فإن الملك يثبت عنده فيه بطريق الإقتضاء

وهذا إذا كان الدين سابقاً ، فإن كان لاحقاً فكذلك في
أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الأول والإضافة إلى دين قائم وقت
تحويل العقد فكفى ذلك للجواز . قال ويجوز بيع درهم صحيح
ودرهمين غلوتين بدرهمين صحيحين ودرهم غلة ،

قلنا لا نسلم إنه يثبت بطريق الإقتضاء بل يثبت بطريق الدلالة (وهذا) أي ما ذكرنا
من التقاص والفسخ والإضافة إلى الدين (إذا كان الدين سابقاً) أي على العقد (فإن كان)
أي الدين (لاحقاً) بأن اشترى ديناراً بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم أن مشطري الدينار
باع ثوباً من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا (فكذلك) تقع المقاصة (في
أصح الروايتين) وهي رواية أبي حفص سليمان ، وهي التي اختارها فخر الإسلام ،
والمصنف رحمه الله وفي رواية أبي حفص لا تقع المقاصة وهي التي اختارها شمس الأئمة
وقاضي خان ، لأن الدين لاحق والنبي ﷺ جوز المقاصة في دين سابق ... الحديث عن
ابن عمر رضي الله عنهما فإنه روي أنه قال قال رسول الله ﷺ أني أكره ابلاً بالبيع إلى مكة
بالدراهم وأخذ مكانها دنائير أو قال بالعكس ، فقال ﷺ لا بأس بذلك إذا افرقتما
وليس بينكما عمل .

وأشار المصنف رحمه الله إلى وجه الأصح بقوله (لتضمنه إنفساخ الأول) أي لتضمن
التقاصص إنفساخ الصرف الأول وإن شاء صرف آخر ، لأنها لما تقاصا صار كأنهما جددا
عقداً آخر جديداً ، فكان الدين سابقاً على المقاصة ، وهو معنى قوله (والإضافة) أي
إضافة عقد الصرف (إلى دين قائم) أي ثابت (وقت تحويل العقد) فيكون الدين حينئذ
سابقاً على المقاصة (فكفى ذلك للجواز) أي الإضافة إلى الدين كان للجواز ، لانه دين
يسقط لا خطر فيه .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلوتين بدرهمين
صحيحين ودرهم غلة) بفتح الغير المعجمة وتشديد اللام ، قال في المغرب الغلة من الدراهم
المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حته ونقله المطرزي هكذا عن أبي يوسف

والغلة ما يرد بيت المال ويأخذه التجار ووجه تحقيق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة . قال وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة، وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ، ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساوياً في الوزن،

في رسالته وفي بعض الحواشي دراهم غلة أي منكسرة . وفي زاد الفتاوى الغلة من الغلول وهي الخيانة ، يقال غل وأغلا أي خان ، وقال المصنف (والغلة ما يرد بيت المال ويأخذه التجار) أي يرد ما بيت المال لكونها قطعاً لا لزيفتها . وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا البيع .

(ووجهه) أي وجه جواز هذا البيع (تحقيق المساواة في الوزن) لأن المساواة هي شرط الجواز ، فإذا وجدت فلا مانع أصلاً (وما عرف من سقوط اعتبار الجودة) هذا عطف على قوله تحقيق المساواة بقوله عليه السلام جيدها ورديتها سواء .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة) بالنصب لأنه خبر كان (فهي فضة) أي حكمها حكم الدراهم الأصل أن النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة ، فالأول كما في الرديء ، والثاني ما يخلط للانطباع فإنها بدونه تنفتت ، فإذا كان كذلك يعتبر الغالب ، لأن المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك (وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ، ويعتبر فيها) وفي بعض النسخ ويعتبر فيها ، وعلى التقديرين الضمير يرجع إلى الدراهم والدنانير (من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد ، حتى لا يجوز بيع الخالصة بها) أي بالمفوشة (ولا يبيع بعضها ببعض إلا متساوياً في الوزن) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الخالصة بها الدراهم المفوشة بعضها ببعض سواء كان الغش غالباً أو النقرة ، ويجوز أن يشتري بها سلعة في أظهر الوجهين ، كذا في الحلية .

وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزناً ، لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عاده لأنها لا تنطبع إلا مع الغش . وقد يكون الغش خلقياً كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء . وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتباراً للغالب ، فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف ، فإن بيعت بجنسها متفاضلاً

(وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزناً) أي إلا متساوياً في الوزن . وقال رحمه الله إلا وزناً ، الإعداد كما في الفلوس (لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة ، لأنها لا تنطبع إلا مع الغش) لأنها قد ذكرنا الآن أنها بدون بعض الغش قد تنفتت ولا يجمع بعضها ببعض (وقد يكون الغش خلقياً) أي من حيث الخلقة وذلك (كما في الرديء منه) أي من كل واحد من الذهب والفضة (فيلحق القليل بالرداءة) أي يلحق القليل من الغش بالرداءة الفطر به والمتساوي كغالب الفضة في التبایع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش (والجيد والرديء سواء) بالنص .

(فإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتباراً للغالب) هذا أيضاً لفظ القدوري ، غير أن قوله اعتباراً للغالب من كلام المصنف . وقال الأقطع المراد به إذا كانت الفضة لا تتخلص من الغش لأنها صارت مستهلكة فلا اعتبار بها ، فأما إذا كانت تتخلص من الغش فليست مستهلكة ، فإذا بيعت بفضة خالصة فهي كبيع نحاس وفضة بفضة ، فيجوز على هذا الاعتبار (فإن اشترى بها) أي بالمغشوشة (فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف) يعني إن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل ، أو لا يدري لا يصح . وإن كانت أكثر يصح .

جاز صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس فهي في حكم شيئين فضة وصفر ،
ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس بوجود الفضة من الجانبين
فإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر ، لأنه لا يتميز عنه إلا
بضرر . وقال رضي الله عنه ومشايخنا « رح » ، لم يفتوا بجواز ذلك في
العدالي والقطارفة

(وإن بيعت) أى الدراهم المفضضة (يحنسها) أى بالدراهم المفضضة (متفاضلا)
أى بيعاً متفاضلاً (جاز) أى البيع (صرفاً) أى من حيث الصرف (للجنس إلى
خلاف الجنس) محرزاً عن الربا (وهي) أى الدراهم المفضضة التي يبيع بالدراهم المفضضة
(في حكم شيئين فضة وصفر) وبيع الفضة بالصفر أو العكس متفاضلاً يجوز فكذلك
بيع الدراهم المفضضة بالمفضضة بطريق صرف الجنس إلى خلاف الجنس (ولكنه صرف) هذا
جواب إشكال ، وهو أن يقال ينبغي أن لا يشترط القبض في هذه الصورة ، لأنه لما
صرف الجنس إلى خلاف الجنس ، أى الفضة إلى الصفر لم يبق صرفاً ، فكيف يشترط
التفاضل . فأجاب بقوله ولكنه صرف ، تقريره أن هذا البيع صرف (حتى يشترط
القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين) أى من جانب الثمن ، لأن الأصل في المقابلة
المطلقة الشيوع (وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر ، لأنه لا يتميز عنه إلا
بضرر) لأن صرف الجنس إلى خلاف جنسه كان لضرورة تصحيح التصرف فيما وراءه
يكون العقد عقد صرف ، فيشترط القبض فيه .

(قال) المصنف رحمه الله (ومشايخنا « رح ») يريد به علماء ما وراء النهر فدعى
لهم بقوله (رحمهم الله تعالى ، لم يفتوا بجواز ذلك) أي يجوز التفاضل (في العدالي) بفتح
العين المهمة وتخفيف الدال المهمة وباللام المكسورة ، أي الدراهم المنسوب إلى العدالي
وكانه اسم ملك نسب إليه درهم فيه غش (والقطارفة) أي الدراهم القطرفية وهي
المنسوبة إلى غطريف بكسر الغين المعجمة وسكون الطاء وكسر الراء بعدهما الياء آخر
الحروف الساكنة ، وفي آخره تاء وهو ابن عطاء الكندي أمير خراسان أيام هارون

لأنها أعز الأموال في ديارنا ، فلو أبيع التفاضل فيه ينفتح باب الربا . ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن ، وإن كانت تروج بالعد فبالعد ، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما ، لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيهما نص . ثم هي ما دامت تروج تكون أثماً فلا تتعين بالتعيين . وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين . وإذا كانت يتقبلها البعض

الرشيء . وقيل هو خال هارون الرشيد (لأنها) أي لأن العدالي والقطارفة (أعز الأموال في ديارنا) أي في البخارى وسمرقند (فلو أبيع التفاضل فيه) أي في المذكور من العدالي والقطارفة (ينفتح باب الربا) ويندرجون إلى الذهب والفضة بالقياس على ذلك .

(ثم إن كانت) أي الدراهم والدنانير التي غلب الغش عليها والدنانير التي كذلك (تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما) أي في الدراهم والدنانير التي غلب الغش عليها (بالوزن ، وإن كانت تروج بالعد فبالعد) أي يعتبران بالعد (وإن كانت تروج بهما) أي بالوزن وبالعد (فبكل واحد منهما) أي فيعتبر بكل واحد منهما (لأن المعتبر هو المعتاد فيها إذا لم يكن فيها نص) قال الأكل حيث لم يكن منصوفاً عليها ، فهذا التفسير يدل على أن قوله إذا لم يكن ليس هكذا ، بل إذا لم يكن بدون الألف بعد الذال ولكن غالب النسخ إذا بالألف بعد الذال ، والذي يظهر لي أن الصواب مع الأكل .

(ثم هي) أي الدراهم المغشوشة والدنانير المغشوشة (ما دامت تروج) فيقبلها الناس (تكون أثماً) يعني يكون حكمها حكم الأثان (لا تتعين بالتعيين) فإن هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثلها (وإذا كانت لا تروج فهي سلعة) أي حكمها حكم السلعة (تتعين بالتعيين) كالرصاص والسقوة (فإن كانت يقبلها البعض) أي بعض

دون البعض فهي كالزئوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها
زئوفاً إن كان البائع يعلم بحالها لتحقيق الرضاء منه وبجنسها من
الجياد . وإن كان لا يعلم لعدم الرضاء منه . وإذا اشترى بها سلعة
فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة «رح» .
وقال أبو يوسف «رح» عليه قيمتها يوم البيع . وقال محمد «رح»
عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها .

الناس (دون البعض فهو كالزئوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها) حال كونها (زئوفاً
إن كان البائع يعلم بحالها) أي بحال الدراهم والدنانير المغشوشة (لتحقيق الرضاء منه) أي
من البائع (ويجنسها) أي ويتعلق العقد بجنسها (من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضاء
منه) أي بالزئوف .

(وإذا اشترى بها) أي بالدراهم التي غشها غالب (سلعة فكسدت وترك الناس
المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله) وتفسير الكساد المذكور في البيوع أنها
لا تروج في جميع البلدان ، هذا على قول محمد ، أما عندما الكساد في بلد يكفي لفساد
البيع في تلك المدة . وفي العمون إن عدم الزواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج
في جميع البلدان ، لانه حينئذ يصير هالكاً ويبقى البيع بلا ثمن ، فأما إذا كان لا يروج
في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع ، لانه لم يهلك ولكنه تعيب ، فكان للبائع
الخيار إن شاء قال أعط مثل النقد الذي وقع عليه العقد ، وإن شاء أخذ قيمة
ذلك دنانير .

(وقال أبو يوسف «رح» عليه قيمتها يوم البيع) لأنها كانت مضمونة (وقال محمد «رح»
عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها) أي بالدراهم المغشوشة والبيع لا يبطل عندما ،
وكذا عند الشافعي وأحمد «رح» ولكن عند الشافعي «رح» يجب ذلك الكساد لانه
مال عنده في وجه يخير البائع إن شاء أجاز البيع بذلك ، وإن شاء فسخه لتعيبه .
وعند أحمد يجب النقد الجديد بالقيمة .

لها أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وإنه لا يوجب الفساد ، كما إذا اشترى بالرطب فانقطع . وإذا بقي العقد وجبت القيمة ، ولكن عند أبي يوسف « رح » وقت البيع لأنه مضمون به . وعند محمد « رح » يوم الانقطاع لأنه أو ان الانتقال إلى القيمة . ولأبي حنيفة « رح » أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعاً بلا ثمن فيبطل . وإذا بطل البيع

(لها) أي لأبي يوسف ومحمد (أن العقد قد صح) وقال الكاكي أي بالاجماع لوجود مبادلة المال بالمال (إلا أنه تعذر التسليم بالكساد) أي لأن الشأن تعذر تسليم الثمن وهي المغشوشة بالكساد لانعدام الثمنية ويحوز أن يكون الضمير في لأنه للثمن ، أي لأن الثمن تعذر تسليمه بالكساد (وإنه) أي وإن تعذر التسليم أو الكساد (لا يوجب الفساد) لأنه صفة عارضة قابلة للزوال ساعة فساعة بالرواج (كما إذا اشترى) أي نظير هذا كما إذا اشترى رجل شيئاً (بالرطب فانقطع) بأن لا يوجد في الاسواق لا يبطل البيع بالاتفاق ، ويجب القيمة ولا ينتظر إلى زمان الرطب في السنة للثانية فكذا هذا (وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف وقت البيع لأنه مضمون به) أي لأن الثمن مضمون بالبيع ، فكان كالمفصوب يعتبر قيمته يوم الفصب ، لأنه مضمون فيه ، وعليه الفتوى ، فإنه ذكر في الذخيرة وعليه قيمة الدرام يوم وقع البيع في قول أبي يوسف الآخر وعليه الفتوى .

(وعند محمد يوم الانقطاع لأنه) أي لأن يوم الانقطاع (أو ان الانتقال إلى القيمة) يعني يوجب العقد رد ما انعقد به العقد والانتقال إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر يوم الانقطاع . وفي المحيط والتممة والحقائق ويقول محمد « رح » يفي رقفاً للناس .

(ولأبي حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح) أي ثمنية الدرام التي غشها غالب ، إنما جعلت ثمناً بالاصطلاح ، فإذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح (وما بقي) أي الاصطلاح (فيبقى) أي العقد (بيعاً بلا ثمن فيبطل ، وإذا بطل البيع

يجب رد المبيع إن كان قائماً وقيمته إن كان هالكا كما في البيع
الفاسد . قال ويجوز البيع بالفلوس لأنه مال معلوم ، فإن كانت نافقة
جاز البيع بها وإن لم تعين لأنها أثمان بالاصطلاح . وإن كانت كاسدة
لم يجز البيع بها حتى يعينها لأنها سلع فلا بد من تعيينها . وإذا باع
بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة « رح »

يجب رد المبيع إن كان قائماً وقيمته (أى تجب قيمته) (إن كان هالكا) لا يقال العقد
تناول عينها وهو باق بالكساد وهو مقدور التسليم ، لانا نقول إن العقد تناولها بصفة
التمنية لأنها ما دامت رائجة فهي تثبت ديناً في الذمة ، وبالكساد ينعدم منها صفة
المالية وصفة التمنية في الفلوس والدرهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان .
ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو تخمر العصير فسد البيع ، فكذا هذا .
وأما الجواب عن البيع بالرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالباً فلم يكن
هذا هالكا من كل وجه فلم يبطل المثلن أصلاً ، وفي الدرهم المغشوشة بعبد الكساد لا
يرجى الوصول إلى ثمنها في الحال ، لان الكساد أصلي في الشيء إذا رجع أصله ، فلا
ينتقل عنه (كما في البيع الفاسد) فإن الحكم فيه انه يجب على المشتري رد المبيع فيه على
البائع إن كان قائماً ، وإن كان هالكا يجب عليه رد قيمته يوم القبض .

(قال) أى القدوري (ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم) هذا بالاجماع (فإن
كانت نافقة) أى رائجة (جاز البيع بها وإن لم تعين) الفلوس (لأنها أثمان بالاصطلاح)
فلا يتعين في البيع كالدرهم والدنانير ، وإن شرط المتبايعان أعيانها ويكون ما أوجب
كل واحد منهما في العقد على نفسه ديناً في ذمته ولا يجبر كل واحد منهما أن يسلمها ما
شرط من العين إن شاء أعطى العين وإن شاء أعطى مثلها . وإن هلك لم ينفسخ العقد
بهلاكها لانه لم يقع عليها (وإن كانت) أي الفلوس (كاسدة) يعني لا خروج (لم يجز
البيع بها حتى يعينها ، لأنها سلع فلا بد من تعيينها) فإذا لم يعينها يصح العقد .
(وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة) قيد بالكساد

خلافاً لهما. وهو نظير الاختلاف الذي بيناه. ولو استقرض فلوساً نافقة فكسدت عند أبي حنيفة يجب عليه مثلها ، لأنه إعارة وموجبه رد العين معنى ، والتمنية فضل فيه

لأنها إذا غلت أو رخصت كان عليه رد المثل بالاتفاق ، ذكره في شرح الطحاوى (خلافاً لهما) أى لابي يوسف ومحمد « رج » هذا الخلاف الذى ذكره القدورى بخلاف ما ذكر في الاصل وشرح الطحاوى والاسرار والاشارات ، لأنه ذكر بطلان البيع عند الكساد فيها بلا خلاف ، قال في الاشارات إذا اشترى شيئاً بفلوس فكسدت قبل القبض فسد العقد عندنا خلافًا لزفر . وفي شرح الطحاوى وقال بعض مشايخنا إنما يبطل العقد إذا اختار المشتري إبطاله فسخاً ، لأن كسادها بمنزلة يجب فيها ، والاول أظهر . ولو نقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خمسين ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقد النصف الآخر بطل البيع في نصفها وله أن يسترد نصف الدرام . ولو اشترى فاكهة أو شيئاً بعينه بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها وقد قبض المبيع فسد البيع ، وله أن يرد المبيع إن كان قائماً أو قيمته أو مثله إن كان هالكا .

وعن أبي يوسف أن عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع (وهو نظير الاختلاف الذى بيناه) أى الاختلاف في كساد الفلوس نظير الاختلاف في كساد الدرام الذى غشها غالب يعنى يبطل البيع عند أبي حنيفة بكساد الفلوس ، وعندهما لا يبطل ، لكن عند أبي يوسف يجب قيمتها يوم البيع . وعند محمد آخر ما يتعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع في السوق .

(ولو استقرض فلوساً نافقة فكسدت عن أبي حنيفة يجب عليه مثلها لأنه إعارة) أى لأن الاستقراض المثلي إعارة كما أن إعارته قرض وموجب استقراض المثلي رد عينه ، وهو معنى قوله (وموجبه رد العين معنى) أى موجب عقد الاعارة رد العين من حيث المعنى لا من حيث الحقيقة وإذا لا يكون إلا بالمثل (والتمنية فضل فيه) جواب عما يقال كيف يكون المثل بمعنى المعنى وقد فات وصف التمنية ، وإنما كان بمعنى العين أن لو رد مثله حال كونه نافقاً ، فقال فأجاب المصنف بقوله والتمنية فضل . تقريره أن التمنية بمعنى صحة

إذ القرض لا يختص به. وعندهما يجب قيمتها لأنه لما بطل وصف
الثنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما إذا استقرض
مثليها فانقطع لكن عند أبي يوسف «رح» يوم القبض. وعند
محمد «رح» يوم الكساد على ما مر من قبل. وأصل الاختلاف
فيمن غصب مثلياً فانقطع. وقول محمد «رح» انظر للجانبين،
وقول أبي يوسف أيسر.

استقراض كونه ثمناً فضل في القرض (إذ القرض لا يختص به) أى بمعنى الثنية يعنى
صحة استقراض الفلوس لم يكن باعتبار الثنية ، بل لانه مثلي وبالكساد لم يخرج من أن
يكون مثلياً ، ولهذا صح استقراضه بعد الكساد .

(وعندهما) أى وعند أبي يوسف ومحمد « رح » (يجب قيمتها) أى قيمة الفلوس التي
كسدت بعد رواجها (لأنه لما بطل وصف الثنية تعذر ردها كما قبض) وليس المثل المجرود
عنها في معناها (فيجب رد قيمتها ، كما إذا استقرض مثلياً فانقطع لكن عند أبي يوسف
يوم القبض ، وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل) عند قوله وعند أبي يوسف
وقت البيع .

(وأصل الاختلاف) أى بين أبي يوسف ومحمد «رح» في اعتبار القيمة يوم القبض أو الكساد
فرع الاختلاف (فيمن غصب مثلياً فانقطع) فعند أبي يوسف تجب القيمة يوم الغصب .
وعند محمد يوم الإنقطاع ، وسيجيء بيانه إن شاء الله تعالى في أول كتاب الغصب (وقول
محمد أنظر) أى للجانبين . وفي بعض النسخ أنظر للجانبين جانب القرض والمستقرض ،
أما جانب القرض فبالنسبة إلى قول أبي حنيفة لأن رد المثل إضرار به ، وأما في حق
المستقرض فلانتقاض قيمته يوم الكساد ، وفي اعتبار قيمته يوم القبض إضرار به (وقول
أبي يوسف أيسر) أى للمفتي وفي بعض النسخ أيسر للمفتي ، لأن يوم الكساد قيمته غير
مضبوط ، ويوم القبض مضبوطة فاعتبار المضبوط أيسر من اعتبار غير المضبوط . وقال
الأترازي لأن قيمته يوم القبض معلومة للقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمته يوم

قال ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع
بنصف درهم من الفلوس ، وكذا إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط
فلوس جاز . وقال زفر : رح ، لا يجوز في جميع ذلك لأنه
اشترى بالفلوس ، وإنما تقدر بالعدد لا بالدانق ونصف الدرهم
فلا بد من بيان عددها ، ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف
الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس ، والكلام فيه فأغنى عن
بيان العدد .

الإنقطاع تشبه على الناس ويختلفون فيها ، فكان قول أبي يوسف أيسر .

(قال) أي القدوري (ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز) قيد بنصف درهم ،
لأنه لو قال بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد على ما يحيى (وعليه) أي وعلى المشتري (ما
يباع بنصف درهم من الفلوس) لأن ذلك النصف من الدراهم فلوس لا نقرة ، وذلك معلوم
عند الناس وقت العقد فيجب عليه الوفاء بذلك (وكذا) أي وكذا الحكم (إذا قال
بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز) الدانق سدس الدرهم والقيراط ست حبات .

(وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك ، لأنه اشترى بالفلوس وإنما تقدر بالعدد لا بالدانق
ونصف الدرهم) فإذا لم يبين عدد الفلوس كان مجهولاً فلا يجوز ، وهو معنى قوله (فلا بد
من بيان عددها) لنفي الجهالة (ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس
معلوم عند الناس والكلام فيه) أي فيما إذا كان معلوماً ، يعني فرض المسألة فيما إذا كان
ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوماً حين العقد ، فكان مغنياً عن ذكر العدد . وقال الإمام
الحلواني هذا إذا كان الدانق والقيراط معلوماً ، فإن عند الناس لا تختلف معاملتهم فيه ،
فأما إذا كان مختلفاً فكما قاله زفر لمكان المنازعة . (فأغنى عن بيان العدد) يعني إذا
كان معلوماً أغنى ذلك عن بيان العدد .

ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذلك عند أبي يوسف « رح » لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس . وعن محمد « رح » أنه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم . قالوا وقول أبي يوسف « رح » أصح لاسيما في ديارنا . قال ومن أعطى صير فياً درهماً وقال أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما ، لأن يبيع نصف درهم بالفلوس جائز ويبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا

(ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذلك عند أبي يوسف) يجوز (لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد) أي كونه معلوماً هو المراد (لا وزن الدرهم من الفلوس) أي ليس المراد علم وزن الدرهم من الفلوس (وعن محمد « رح » أنه لا يجوز بالدرهم) أي أن الشراء بدرهم فلوس أو بدرهمين لا يجوز (ويجوز فيما دون الدرهم ، لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم ، فصار معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم) .

(قالوا) أي مشايخنا (وقول أبي يوسف أصح لاسيما) أي خصوصاً (في ديارنا) بما وراء النهر ، لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم . وقال الأتزازي قوله لا سيما في ديارنا هذا تركيب عجيب ، فينبغي أن يقال لا سيما كما قال امرؤ القيس : - ولا سيما يوم بدار جلعجل .

(قال) أي القدوري (ومن أعطى صير فياً درهماً وقال أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » (لأن يبيع نصف درهم بالفلوس جائز ، ويبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا

يجوز ، وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل ، لأن الصفقة متحدة
والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره . ولو كرر لفظ الإعطاء كان جوابه
كجوابهما هو الصحيح ، لأنهما بيعان . ولو قال أعطني نصف درهم
فلوساً ونصفاً إلا حبة جاز ، لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس
بنصف درهم وينصف درهم إلا حبة فتكون نصف درهم إلا حبة
بمثله ، وما وراءه بإزاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي أكثر نسخ
المختصر ذكر المسألة الثانية

يجوز ، وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل ، لأن الصفقة متعددة والفساد قوي (لأنه ممكن في صلب العقد ، ولأنه يجمع عليه لمعنى الربا (فيشيع وقد مر نظيره) أي في البيع ، وهو ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع يبطل البيع عنده في الكل .
(ولو كرر لفظ الإعطاء) بأن قال أعطني فلوساً وأعطني بنصفه نصفاً إلا حبة
(كان جوابه) أي جواب أبي حنيفة (كجوابهما هو الصحيح) أي كجواب أبي يوسف
ومحمد « رح » في الأصح لتفرق الصفقة بتكرار لفظ الإعطاء وفساد أحد البيعين لا
لا يوجب فساد الآخر ، وأشار إليه المصنف بقوله (لأنهما بيعان) يعني بتكرار
لفظ الاعطاء .

(ولو قال أعطني نصف درهم فلوساً ونصفاً إلا حبة جاز ، لأنه قابل الدرهم بما
يباع من الفلوس بنصف درهم وينصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة
بمثله ، وما وراءه بإزاء الفلوس) وفي الأصل ولو شار فقال أعطني كذا فلوساً
ودرهما صغيراً وزنه نصف درهم إلا قيراطاً كان هذا جائز كله إذا تقابضا قبل
أن يتفرقا .

(قال) أي المصنف رحمه الله (وفي أكثر نسخ المختصر) أي القدوري رحمه الله
(ذكر المسألة الثانية) وهي قوله أعطني نصف درهم فلوس ونصفاً إلا حبة جاز ، يعني

والله أعلم بالصواب .

لم يذكر في أكثر نسخ المختصر المسألة الأولى ، وهو قوله من أعطى الصيرفي درهما وقال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي ، ولهذا قال في شرح الأقطع وهو غلط من الناسخ . وقال الكاكي إنما ذكر المصنف هذا يعني قوله نسخ المختصر دفعا لمؤاخذة تردد على صاحب القدوري رحمه الله ، فإنه ذكر في بعض النسخ المسألة وأجاب بالجواز مطلقا وليس كذلك بالاجماع ، أما عنده فظاهر لأنه يبطله في الكل . وأما عندهما يجوز في الفلوس ويبطل في الباقي ، فعمل أن الجواز ليس بمطلق في المسألة الأولى ، فذكر الجواب مطلقا في بعض النسخ محمول على خطأ من الكاتب ، والدليل عليه أن أكثر النسخ ذكر المسألة الثانية وأجاب بالجواز مطلقا (والله أعلم بالصواب) .



كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة ، قال الله تعالى ﴿ وكفلها زكريا ﴾ ٣٧ آل عمران ، ثم قيل هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وقيل في الدين

(كتاب الكفالة)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الكفالة ، وإنما عقب البيوع بذكر الكفالة لأنها تكون في البياعات غالباً ، ولأن في الكفالة إذا كانت بأمر معنى المعاوضة انتهى ، فناسب ذكرها عقب البيوع التي هي معاوضة .

(قال الكفالة هي الضم لغة) من كفلت به كفالة وكفلت عنه المال لتربيته ، والكفيل أيضاً من وأكفله المال أي ضمنته إياه ، وكفل هو به كفلاً وكفولاً والتكفيل مثله ومكفل بذمته تكفلاً ، واستشهد المصنف في قوله الكفالة الضم لغة بقوله (قال الله تعالى ﴿ وكفلها زكريا ﴾ ٣٧ آل عمران) وضمها إلى نفسه ، وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا أي جعله كافلاً لها وضامناً لمصالحها . وذكر الأخفش أنه قرئ أيضاً وكفلها بكسر الفاء والضمير المنصوب في كفلها يرجع إلى مريم أم عيسى عليهما السلام وقصتها مشهورة .

(ثم قيل) قائله أكثر الأصحاب (هي) أي الكفالة في معناها الشرعي (ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة) وبه قال الشافعي رحمه الله ومالك وأحمد إلا رواية عن أحمد أن الدين ينتقل في الكفالة عن الميت . ونقل الشيخ أبو حفص أن الدين يسقط عن الأصيل بالكفالة عند مالك والمشهور عنه خلاف ذلك (وقيل في الدين) أي الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في أصل الدين ، وهو اختيار بعض المشايخ . وقال الاتوازي وهو مذهب

والأول أصح . قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال .
فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به ، وقال
الشافعي « رح » لا يجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه إذ لا
قدره له على نفس المكفول به ، بخلاف الكفالة بالمال ، لأن له ولاية
على مال نفسه .

الشافعي رحمه الله (والأول أصح) أي القول الأول الذي قاله أكثر الأصحاب هو الأصح ،
لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة ، ولأنه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل
ولم يبرأ الأصيل صار الدين ديونين وأورد ما إذا ذهب رب المدين دينه فله يصح ويرجع
به الكفيل على الأصيل . ولو لم يصر الدين عليه لما ملك قبل الكفالة ، لأن تمليك الدين
من غير من عليه الدين لا يجوز .

وأجيب بأن رب الدين لما وهب للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة
تصحيح التصرف ، وجعلناه في حكم دينين . وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم
دينين . وركن الكفالة الإيجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي « رح » .
وقال أبو يوسف آخرأ والشافعي « رح » في قول ومالك وأحمد « رح » الكفالة تتم
بالكفيل وحده وجد القبول أو لا .

(قال) أي القدوري رحمه الله (الكفالة ضربان ، كفالة بالنفس وكفالة بالمال
فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به) وبه قال أحمد وعمر وعثمان
وابن مسعود وابن عمر وحزمة بن عمر الأسلمي وجريز بن عبد الله وأبي بن كعب وعمران
ابن الحصين والأشعث بن قيس رضي الله تعالى عنهم (وقال الشافعي لا يجوز) هذا ليس
بشهور من مذهبه ، فإن الصحيح عنده كذهبننا (لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه ، إذ لا
قدرة له على نفس المكفول به ، بخلاف الكفالة بالمال ، لأن له ولاية على
مال نفسه) .

ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعها . ولأنه يقدر على تسليمه بطريقة بأن يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه ، أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة إليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه وهو الضم في المطالبة . قال وتنعقد إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه ، وكذا ببدنه وبوجهه ،

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (الزعيم غارم) هذا الحديث رواه أبو داود مطولاً عن أبي امامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه ... الحديث وفي آخره والزعيم غارم ، ورواه ابن عباس عن النبي ﷺ قال الزعيم غارم ، أخرجه ابن عدي في الكامل ، ومعناه الكفيل غارم من غير فصل بين الكفالة بالمال والكفالة بالنفس ، وألفاظ المال وكفالة الكفالة أنا زعيم ، أنا ضامن بما عليه ، أو كفيل بذلك ، أو قبيل ، أو هو علي ، أو إلي ، أو هو عندي ، أو هو لك قبلي (وهذا) أي قوله عليه السلام الزعيم غارم (يفيد مشروعية الكفالة بنوعها) أي بنوعي الكفالة وهما كفالة المال وكفالة النفس ، لأنه مطلق يشملهما . وفي بعض النسخ بنوعيه قال الاترازي الضمير راجع إلى الكفالة على تأويل عقد الكفالة .

(ولأنه) أي ولأن الكفيل جواب عن قياس الشافعي (يقدر على تسليمه) أي تسليم المكفول عنه (بطريقة بأن يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه) أي بين المكفول له والمكفول عنه (أو يستعين) أي الكفيل (بأعوان القاضي) الأعوان جمع عون وهو الظهير على الآخر . والحاصل أن أعوان القاضي هم الرجال الذين في خدمته يساعدونه في مهمات الأمور الشرعية (في ذلك والحاجة ماسة إليه) أي مهمة إلى عقد الكفالة بالنفس وهي ضرورة ، أما حقوق العباد لأنه ربما يعيب بنفسه فيتضرر صاحب الحق (وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه وهو الضم في المطالبة) أي في هذا النوع . (قال) أي القدوري (وتنعقد) أي الكفالة (إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه) هذا كله كلام القدوري ، وقوله (وكذا ببدنه وبوجهه) من

لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفاً على ما مر في
الطلاق . وكذا إذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه ، لأن النفس
الواحدة في حق الكفالة لا تنجزاً فكان ذكر بعضها شائعاً كذكر
كلها . بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر
بها عن البدن حتى لا يصح إضافة الطلاق إليهما ، وفيما تقدم يصح .

كلام المصنف (لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة) كقوله تكفلت بنفس
فلان أو ببدنه أو بجسده (أو عرفاً) كقوله تكفلت بوجهه أو برأسه أو برقبتنه (على ما مر في
الطلاق) انه قال نفسك طالق أو بدنك طالق أو جسdek طالق فإنها تطلق . وإذا قال
يدك طالق أو رجلك طالق أو دبرك طالق لا يقع شيء (وكذا) أي وكذا تنعقد
الكفالة (إذا قال وبنصفه أو بثلثه أو بجزء منه) أي قال تكفلت بجزء من فلان بأن
قال تكفلت بيده أو رجله (لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تنجزاً فكان ذكر
بعضها) أي ذكر بعض النفس الواحدة حال كونه (شائعاً كذكر الكل ^(١)) كما في
الطلاق ، لأن إضافة الكفالة إلى جزء شائع تثبت ، وترى إلى الجملة كما في
الطلاق والمناق .

(بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله) حيث لا تصح الكفالة (لأنه لا
يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما) أي إلى اليد والرجل فكانت
إضافة الكفالة إليهما كإضافة الطلاق إليهما على ما مر (وفيما تقدم) أي في الجزء الشائع
كالنصف (يصح) إضافة الكفالة إليه كما تصح إضافة الطلاق . وقال الشافعي تجوز
الكفالة بما يعبر به عن البدن وجزء شائع أو بجزء لا يمكن فصله عنه كالقلب والكبد ،
وبه قال أحمد في رواية . وقال مالك يصح لكل عضو من بدنه حتى لو قال بوجهه أو
بمبنيه فهو كفالة بالنفس وبه قال الشافعي في وجهه وأحمد ، وعندهم لو كفل بمبنيه لم
يذكره محمد . وعن أبي بكر البلخي لا يصح كما في الطلاق ، ولو برىء البدن يصح ،
كذا في المحيط .

وكذا إذا قال ضمنته لأنه تصريح بموجبه ، أو قال هو علي لأنه صيغة الالتزام ، أو قال إلي لأنه في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك مالا فلورثته ، ومن ترك كلاً أو عيالاً فإلي ، وكذا إذا قال أنا زعيم به أو قبيل ، لأن الزعامة هي الكفالة وقد رويناه فيه ،

(وكذا) أي وكذا تنعقد الكفالة (إذا قال ضمنته لأنه تصريح بموجبه) أي بموجب عقد الكفالة ، لأنه يصير ضامناً للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كالبيع ينعقد بلفظ التمليك (أو قال هو علي لأنه صيغة الالتزام) لأنه من ألفاظ الوجوب ، فأفاد الضمان فصحت الكفالة (أو قال إلي لأنه في معنى علي في هذا المقام) فكأنه قال ضمنانه إلي (قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (من ترك مالا فلورثته ، ومن ترك كلاً أو عيالاً فإلي) هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن المقدم بن معد يكرب قال قال رسول الله ﷺ من ترك كلاً فإلي ومن ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له ... الحديث ، واه ابن حبان في صحيحه ، وفي لفظ لأبي داود قال « رض » أنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، فمن ترك ديناً وضيعاً فإلي .

وأخرج البخاري ومسلم من حديث أبي حازم عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال من ترك مالا فلورثته ، ومن ترك كلاً فإلينا والكل بفتح الكاف وتشديد اللام اليم هنا بدليل عطف العيال عليه ، وإن كان الكل يحكي بمعنى العيال والجمع الكلول والعيال من يعوله أي يهونه وينفق عليه .

(وكذا) أي وكذا تنعقد الكفالة بقوله (أنا زعيم به) أي بفلان ، وليس في بعض النسخ لفظ به وزعيم من زعم به ، أي كفل به يزعم زعامة (أو قبيل) أي أو قال أنا قبيل بفلان فهو بمعنى كفيل من قولهم قبل به ، أي كفل به بفتح العين في الماضي وكسرهما في المضارع قبالة (لأن الزعامة هي الكفالة) يعني معناهما واحد (وقد رويناه فيه) أي رويناه الحديث ، وقوله عليه السلام الزعيم غارم ، وفي بعض النسخ رويناه

والقبيل هو الكفيل ، ولهذا سمي الصك قبالة ، بخلاف ما إذا قال
أنا ضامن لمعرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة .

الحديث ، وقوله فيه أي في معنى أن الزعامة هي الكفالة والحيل أيضاً بمعنى الكفيل ،
يقال حمل به يحمل حمالة بفتح العين في الماضي وكسرهما في المضارع ، أي كفل به وروى
الزنجشري في الفائق الحيل غارم .

(والقبيل هو الكفيل ، ولهذا سمي الصك قبالة ، بخلاف ما إذا قال أنا ضامن
لمعرفته) يعني لا يكون كفيلاً بهذا اللفظ (لأنه التزم المعرفة دون المطالبة) أي لأن
الرجل الذي قال هذا اللفظ التزم لمن يطلب الكفيل معرفة الرجل الذي عليه الدين وما
التزم مطالبته الدين . وفي الاصل لو قال أنا ضامن لمعرفة فلان أو ضامن ، لا أدلك
عليه ، أو لان أدل على منزله لا يكون كفالة . ولو قال أنا ضامن تعريفه أو علي
تعريفه ففيه اختلاف المشايخ ، كذا نقل في خلاصة الفتاوى عن شرح الشافعي .

وقال الفقيه أبو الليث روى عن علي بن أحمد عن نصير قال سئل ابن محمد بن الحسن أبا
سليمان الجوزجاني عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان ، أما في قول أبي حنيفة
وأبيك لا يلزمه شيء ، وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم ، ثم قال الفقيه
أبو الليث في النوازل هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور ، والظاهر ما روى عن
أبي حنيفة ومحمد . وقال في خزانة الواقعات وبه يفتى أي بظاهر الرواية . وقال في
الفتاوى الصغرى - اسنائي فلان بر من - قال الفقيه أبو جعفر يكون كفيلاً . وقال أبو
الليث لا وعليه الفتوى . ثم نقل في الفتاوى الصغرى عن الواقعات أن الفتوى على أنه
يصير كفيلاً ، ثم قال فيها إذا قال فلان - اسنائي من است - أو قال - اثناست -
صارت كفالة بالنفس عرفاً . ولو قال - أن جه ترا بر فلان است من جواب كويم - فهو
كفالة بحكم العرف . ولو قال - ان جه ترا بر فلان است من بدم - لا يكون كفالة بحكم
المعرف من وعد لغيره أن يقضي دينه بأن قال - بدم - لا يجب ، ونقله عن مأذون شيخ
الإسلام خواهر زاده رحمه الله .

قال فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه
إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه . فإن أحضره وإلا
حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه ، ولكن لا
يجبسه أول مرة ولعله ما دري لماذا يدعى . فلو غاب المكفول بنفسه
أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه

(فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا
طالبه به في ذلك الوقت وفاء بما التزمه) أي لأجل وفاء ما التزمه في الوقت المعين ،
والأصل فيه أن الكفالة بالنفس نوع ضمان فيصح التأجيل فيها كالكفالة بالمال ، فإذا حل
الأجل يجب الإحضار (فإن أحضره) فلا كلام فيه (وإلا) أي وإن لم يحضره بأن امتنع
عن إحضاره (حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه) لأن يصير ظالماً والحبس
جزاؤه (ولكن لا يجبسه أول مرة) لأن الحبس عقوبة على الظالم ولا يظهر في أول الوهلة
(فلعلمه ما دري لماذا يدعى) على صيغة المجهول .

(ولو غاب المكفول بنفسه) أي المدعى عليه (أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه)
هذا إذا علم مكان المكفول به ، أما إذا علم سقطت المطالبة عن الكفيل للحال لمعجزه .
وفي الذخيرة ولو كان الكفيل يعرف مكانه أمهله قدر ذهابه ومجيئه ، فإن لم يعلم سقطت
المطالبة . ولو وقع الاختلاف فقال الطالب تعرف مكانه . وقال الكفيل لا أعرف فإن
كان له خرجة معروفة تخرج إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فalcول للطالب ويؤمر
الكفيل بالذهاب إليه ، لأن الظاهر شاهد له ، وإن لم يكن ذلك معروفاً منه فalcول
للكفيل ، لأنه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة فإن أقام الطالب البينة
أنه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب إليه . وقال الكاكي وفي بعض النسخ وكذا
إذا ارتد ولحق بدار الحرب ، وهذه المسألة ليست في بعض النسخ إلى قوله وإذا أحضره
وسله ، ثم معنى قوله وكذا إذا ارتد ولحق بدار الحرب يعني بمهله الحاكم مدة ذهابه إلى
دار الحرب ومجيئه ، وينبغي أن يبرأ الكفيل كما في الموت ، لأن إلحاق المرتد موت

فإن مضت ولم يحضره يحبس لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق . قال وكذا إذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب ، وهذا لأنه عاجز في المدة فينظر كالذي أعسر ، ولو سلمه قبل ذلك برىء ، لأن الأجل حقه فيملك إسقاطه كما في الدين المؤجل^(١) . قال وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه ، مثل أن يكون في مصر برىء الكفيل من الكفالة ، لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به ، وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرة . وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برىء لحصول المقصود . وقيل في زماننا لا يبرأ ، لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار ، فكان التقييد مفيداً .

حكمي . والفرق أن اللحاق موت حكمي في قسمة ماله بين ورثته دون الحقوق الثابتة في ذمته (فإن مضت المدة ولم يحضره يحبس لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق) مع إمكانه وبيان مطلقه .

(قال) أي القدوري (وكذا إذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر برىء الكفيل من الكفالة ، لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به ، وهذا) يعني ما ذكرنا من إتيانه بما التزمه (لأن ما التزم التسليم إلا مرة) فحصل التسليم (وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برىء لحصول المقصود) وهو القدرة على المحاكمة (وقيل في زماننا لا يبرأ ، لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار ، فكان التقييد مفيداً) وقالت الائمة الثلاثة إذا عين مكاناً وفي تسليمه في

(١) من أول قوله قال وكذا إذا ارتد .. حتى هنا غير مشروح في الأصل . اهـ مصححه .

وإن سلمه في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود ، وكذا إذا سلمه في السواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه . ولو سلم في مصر آخر غير مصر الذي كفّل فيه برىء عند أبي حنيفة « رح » ، للقدرة على المخاصمة فيه ، وعندهما لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه . ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ ، لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه .

غيره ضرر يتعين ذلك المكان . وفي الشامل شرط على الكفيل أن يسلمه في المسجد الأعظم فسلمه في السوق برىء ، لأن مصر كبقرة واحدة ، ثم قال فيه عن أبي يوسف أنه لا يبرأ ، لأن الناس لا يعينونه للاحضار . ثم قال ويجب أن يكون الفتوى على هذا اليوم .
(وإن سلمه في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود ، وكذا إذا سلمه في السواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه) قال الجوهري سواد الكوفة والبصرة قرى ، والمفهوم من كلام المصنف أن السواد هي القرى التي ليس فيها قضاة ، وأما إذا كان فيها قضاة ينبغي أن يبرأ القدرة على المخاصمة .

(ولو سلم في مصر آخر غير مصر الذي كفّل فيه برىء عند أبي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه) لأن المحاكمة يتحقق عنه كل قاض ، فصار التسليم في البلدين سواء (وعندهما لا يبرأ) وبه قالت الأئمة الثلاثة (لأنه قد يكون شهوده فيما عينه) فيتمسرعليه إقامة البينة في بلد آخر . فقبل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان . فأبو حنيفة « رح » في القرن الثالث والغلبة لأهل الصلاح والقضاة لا يرغبون في الميل إلى الرشوة وتغير الحال في زمانها فظهر الفساد والميل إلى الرشوة وعامل كل مصر لا ينقاد لأمر الخليفة فيفيد التقييد .

(ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب) أي والحال أن القاضي قد حبسه لأجل غير الطالب (لا يبرأ ، لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه) وعند مالك يبرأ ، وعند أحمد إن كان في سجن القاضي الذي يرجع الحكم إليه يبرأ وإلا فلا .

قال وإذا مات المكفول به برىء الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز
عن إحضاره ، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار
عن الكفيل . وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادراً على تسليم
المكفول بنفسه وماله لا تصح لإيفاء هذا الواجب بخلاف
الكفيل بالمال .

(قال) أي القدوري (وإذا مات المكفول به) وهو المدعى عليه (برىء الكفيل
بالنفس من الكفالة) وبه قال الشافعي في وجه واحد . وقال في أصح الوجهين يطالب
بإحضار الميت ما لم يدفن إذا أراد المكفول إقامة الشهادة على مورثه كما لو تكفل ابتداء
ببدن الميت ، وعلل المصنف ما ذهب إليه أصحابنا بوجهين ، الأول هو قوله (لأنه عجز
عن إحضاره) أي إحضار المكفول به وهو المدعى عليه . والثاني هو قوله (ولأنه سقط
الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل) لأن الكفيل الأصيل من الحق المضمون
يوجب براءة الكفيل (وكذا) أي وكذا تسقط الكفالة (إذا مات الكفيل لأنه لم يبق
قادراً على تسليم المكفول) إلا بإحضار النفس وقد سقط الحضور عن الأصيل ، فكذا عن
الكفيل ، لأن براءة المكفول (بنفسه وماله) أي ومال الكفيل (لا يصلح لإيفاء هذا
الواجب) وهو الإحضار وتسليم المكفول به .

حاصله أنه لا يؤدي ما على المكفول به من تركة الكفيل . لأنه ما التزم بأداء المال ،
وإنما التزم بتسليم النفس والمال لا يصلح وفاء لهذا الواجب ، به قال أحمد والشعبي
وشريح وحماد بن أبي سليمان والشافعي في أصح الوجهين . وقال مالك والليث يلزمه ما
عليه وبه قال ابن شريح من أصحاب الشافعي .

(بخلاف الكفيل بالمال) إذا مات حيث يؤدي المال من تركته إذ المقصود هنا إيفاء
حق المكفول له في الحال والمال والكفيل صالح له فلا تبطل الكفالة فتؤخذ من تركته
ويرجع ورثته على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما في حال الحياة . ولو كان
الدين مؤجلاً ومات الكفيل قبل الأجل يؤخذ من تركته حالاً ، ولكن ورثته ترجع

ولو مات المكفول له فلولوسي أن يطالب الكفيل وإن لم يكن
فلوارثه لقيامه مقام الميت . قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا
دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء ، لأنه موجب التصرف
فيثبت بدون التنصيص عليه . ولا يشترط قبول الطالب التسليم
كما في قضاء الدين .

على الذي عليه الأصل بعد حلول الأجل ، لأنه باق في حق الأصيل لبقاء حاجته . أما
الكفيل فقد استغنى عن الأجل بالموت ، كذا في المبسوط ، ويقولنا قال الشافعي وأحمد .
وعن زفر أن للورثة مطالبة حالاً لأنه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته . قلنا أنه
دين مؤجل فلا يجوز قبل الأجل .

(ولو مات المكفول له فلولوسي أن يطالب الكفيل) لقيامه مقام المكفول له (وإن
لم يكن) أي للوصي (فلوارثه) المطالبة (لقيامه) أي لقيام الوارث (مقام الميت)
ويجوز أن يكون الضمير في قيامه راجعاً إلى كل واحد من الوصي والوارث لأن كلا
منهما يقوم مقام الميت .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن كفل بنفس آخر) بالإضافة (ولم يقل)
أي والحال أنه لم يقل (إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء ، لأنه) أي
لأن دفع المكفول به إلى الطالب ، كذا قاله الكاكي . وقال الأكل لأنّه يعني البراءة
وذكره لتذكير الخير وهو الموجب (موجب التصرف فيثبت) أي الموجب (بدون
التنصيص عليه) كثبوت الملك بالشراء وإن لم يصرح به وكحل الاستمتاع يثبت بمجرد
النكاح الصحيح فإنه موجب ، وكذا في سائر الموجبات (ولا يشترط قبول الطالب
التسليم كما في قضاء الدين) إذا سلمه كالفاسب إذا رد المصوب على المالك والبائع إذا
سلم المبيع إلى المشتري ، وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي رحمه الله لزمه القبول .
ولو امتنع من القبول قال بعض أصحابه يرفع الأمر إلى القاضي ويسلمه حتى يبرأ فلإن لم
يحمدهما كما أحضر شاهدين ليشهدوا على امتناعه ، وبه قال بعض أصحاب أحمد
رحمه الله .

ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع . وكذا إذا سلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه . قال فإن تكفل بنفسه على انه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال ، لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهذا التعليق صحيح .

(ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح) هذه من مسائل المبسوط ذكرها تقريباً على ما تقدم (لأنه) أي لأن المكفول به (مطالب بالخصومة) أي بخصومة المدعي أو مرض من الكفيل قال شيخنا (فكان له ولاية الدفع) أي دفع الخصومة . وفي بعض النسخ لأنه مطالب بالخصومة . وقال الأتزازي مطالب صح بفتح اللام سمعاً . قلت وكذا قال شيخنا العلاء بفتح اللام (وكذا) أي وكذا صح (إذا سلمه إليه) إذا سلم الكفيل إلى المكفول له (وكيل الكفيل أو رسوله) أي أو أسلمه إليه رسول الكفيل (لقيامهما) أي لقيام وكيل الكفيل ورسوله (مقامه) أي مقام الكفيل . (قال) أي القدوري (فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به) أي إن لم يأت به وهو من الموافاة ، وهو فاعلة من الوفاء (إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف) وقال الكاكي والتقييد بما عليه مقيد لأنه إذا لم يقل لما عليه لا يلزمه شيء عند عدم الموافاة خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد (رح) لا تصح الكفالة ، وسيجيء بعد هذا إن شاء الله تعالى وقال الكاكي أيضاً والتقييد بقوله وهو ألف غير مفيد ، لأنه إذا قال ما عليه ولم يسم كم هو جاز ، لأن جهالة المكفول به لا تمنع صحتها لأنها مبنية على التوسع كضمان الدرك وضمان الشجرة ، فإنه يصح مع انه مجهول لا يعلم أنها تسري إلى النفس أم لا (فلم يحضره) أي الألف (إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال ، لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهذا التعليق صحيح) لأنه متعارف بين الناس وإن كان القياس يأباه ، كما لو اشترى نعلاً على أن يحذره البائع .

فإذا وجد الشرط لزمه المال لا يبرأ عن الكفالة بالنفس ،
لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه ،
إذ كل واحد منهما للتوثيق . وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة
لأنه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبهه البيع . ولنا أنه يشبه
البيع ويشبه النذر من حيث أنه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق
الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف

(فإذا وجد الشرط لزم المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس ، لأن وجوب المال عليه
بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما) أي لأن كل واحد من الكفالتين
شرع (للتوثيق) فيجوز أن يدعي عليه ديناً آخر .
(وقال الشافعي لا يجوز) ذكر في المبسوط موضع الشافعي « رح » ابن أبي ليلى
(هذه الكفالة) إنما قيد بقوله هذه الكفالة الاحتراز عن سائر الكفالات بالمال بدون
النفس بالشرط لا للإحتراز عن الكفالة بالمال فإن عنده كلتاها باطلتان ، كذا ذكره
قاضي خان والمرغيناني ، وقال الكاكي على قوله المنصوص بصحة الكفالة بالنص وبطل
الكفالة بالمال فقط ويفهم ذلك من كتبهم ، وتعليل الكتاب أيضاً يدل عليه (لأنه) أي
لأن هذا التعليق . وفي بعض النسخ هذه الكفالة لأنها (تعليق سبب وجوب المال بالخطر)
أراد بالسبب الكفالة بالمال لأنها سبب وجوب المال ، فيكون تعليقها بالشرط تعليق سبب
وجوب المال فلا يصح ، لأن المال لا يحتمل التعليق بالخطر لإفضائه إلى معنى القمار (فأشبهه
البيع) أي تعليق البيع بالمال وصار كما إذا قال إن دخلت الدار فأنا كفيلاً بمالك
على فلان .

(ولنا أنه) أي أن عقد الكفالة (يشبه البيع) أي انتهاء من حيث أن الكفيل
يرجع على الأصيل إذا كان يأمره (ويشبه النذر من حيث أنه التزام) يعني التزام شيء
غير لازم ، فعملنا بالشبهين (فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط) مما يشبه البيع (كهبوب
الريح ونحوه) أراد به دخول الدار ومجيء المطر (ويصح بشرط متعارف) مما يشبه

عملاً بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف . ومن كفل بنفس
رجل وقال إن لم يواف به غداً فعليه المال ، فإن مات المكفول عنه
ضمن المال لتحقيق الشرط ، وهو عدم الموافاة . قال ومن ادعى على
آخر مائة دينار بينها أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه
إن لم يواف به

النذر (عملاً بالشبهين ، والتعليق بعدم الموافاة متعارف) ويدخل الدار
غير متعارف .

(ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غداً فعليه المال ، فإن مات المكفول
عنه ضمن المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافاة) لأنه علق الكفالة بالمال بشرط عدم
الموافاة بالمكفول به وقد تحقق الشرط فيوجب المال . فإن قيل هذه المسألة عين الأولى
غير أن في الأولى لم يذكر موت المكفول به وها هنا ذكره وبه لا يقع الفرق ، إذ لزوم
المال بموته وعدم موته لا يتفاوت . قلنا بل بينهما فرق ، وهو أنه لم يذكر في بعض نسخ الجامع لفظ
الغد في هذه المسألة ، فكان تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة مطلقاً وهناك مقيد ،
فكان بينها فرق ، إذ المطلق غير المقيد . وقال الأتزازي والفرق بين هذه المسألة ومسألة
القدوري الذي تقدمت أن في هذه لم يذكر لفظ الغد في أكثر نسخ الجامع الصغير ، ولهذا
لم يذكره فخر الإسلام والصدر الشهيد وقاضي خان ، وإنما ذكر بعضهم فكانت مسألة
القدوري مقيدة بوقت وهذه مطلقة عنه ، فحصل الفرق .

والوجه الثاني من الفرق أن المكفول به هنا مات قبل الغد وفي مسألة القدوري هو
حي ، ولكن الكفيل لم يواف به في ذلك الوقت فذكر مسألة الجامع الصغير إزاحة لوم
بعض الناس أنه ربما يكون فرق بين عدم الموافاة وهو حي وعدم الموافاة وهو ميت فقال
لا فرق بينهما ، بل يجب المال إذا وجد الشرط وهو عدم الموافاة في الوقت .

(ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها) أي بين صفة مائة دينار أنها جيدة أو
ردئة أو خليقة أو ركنية (أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به

غداً فعليه المائة ، فإن لم يواف به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» . وقال محمد «رح» إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه ، لأنه علق مالا مطلقاً يحظر ألا يرى أنه لم ينسبه إلى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن يبينها ولأنه لم تصح الدعوى من غير بيان فلم يجب إحضار النفس وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه ، بخلاف ما إذا بين . ولهما أن المال ذكر معرفاً

فينصرف إلى

غداً فعليه المائة فإن لم يواف به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» (وبه قال أحمد) وقال محمد إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه (أي إلى دعوى الطالب وبه قال الشافعي (لأنه) أي لأن الكفيل (علق مالا مطلقاً) أراد بإطلاقه عدم نسبة المائة إلى المال المدعى به حيث لم يقل تكفلت بمالك عليه (يحظر) أي يتردد وهو شرط عدم الموافقة (ألا يرى) قوضيح لما قبله (أنه لم ينسبه إلى ما عليه) حيث لم يقل التي لك على فلان (ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن يبينها) أي لا تصح الكفالة على وجه تعليق المال مطلقاً يحظر وإن بين صفة المائة من الجودة والرداءة والوسط وذلك لاحتمال أن يلتزم المائة على وجه الرشوة للمدعي حتى يترك المدعى عليه في الحال ، هكذا ذكر الماتريدي .

(ولأنه لم تصح الدعوى) هذا وجه آخر منسوب إلى الشيخ الإمام أبي الحسن الكرخي (من غير بيان فلم يجب إحضار النفس) إلى مجلس القاضي لفساد الدعوى بجهالة المدعى به (وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه) أي لأن عقد الكفالة بالمال بناء على عقد الكفالة بالنفس ، وهذا يوجب أن تصح الكفالة بالنفس إذا بين المال وهو معنى قوله (بخلاف ما إذا بين) أي المال حيث تصح الكفالة بالنفس . (ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف «رح» (أن المال ذكر معرفاً فينصرف إلى

ما عليه والعادة جرت بالإجمال في الدعاوى فتصح الدعاوى
على اعتبار البيان ، فإذا بين التحقق البيان بأصل الدعوى فتبين
صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها الثانية . قال ولا يجوز الكفالة
بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة « رح » معناه
لا يجبر عليها عنده

ما عليه) يعني أن المال في قول الكفيل ذكر معرفاً حيث قال إن لم يواف به غداً فعليه
المال فينصرف إلى ما على الأصل لأنه هو المهود (والعادة جرت بالإجمال في الدعاوى)
أي العادة جرت بين الناس أنهم يحملون الدعوى أولاً في غير مجلس القاضي وبينوه عند
القاضي دفعا لحيل الخصوم وصرفا لكلامهم إلى وقت الحاجة ، فإذا كان كذلك (فتصح
الدعوى على اعتبار البيان) من جهته (فإذا بين التحقق البيان بأصل الدعوى) يعني إلى
إبتداء الدعوى ، فإذا كان كذلك (فتبين صحة الكفالة الأولى) وهي الكفالة بالنفس
(فيترتب عليها الثانية) أي الكفالة الثانية وهي الكفالة بالمال ويكون القول له في هذا
البيان ، لأنه يدعي صحة الكفالة والكفيل يدعي الفساد .

(قال) أي القدوري (ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي
حنيفة « رح ») إلى هنا لفظ القدوري ، وقوله (معناه لا يجبر عليها عنده) من كلام
المصنف ، أي معنى قول القدوري لا تجوز الكفالة بالنفس لا يجبر من عليه الحد أو القصاص
على الكفالة حاصل الكلام من توجهه عليه الحد أو القصاص إذا طلب منه كفيل بنفسه
بأن يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه المدعي عليه فامتنع عن إعطائه لا يجبر عليه
عند أبي حنيفة ، وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز إجبار الكفالة
بمخذ المضاف وإسناد الجواز إلى الكفالة مجازاً .

وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير معنى قول محمد لا كفالة في الحدود والقصاص
أن القاضي لا يفعل ذلك ، لأن فيه احتيالا للاثبات والشرع أمر بالدرء وهو خلافه ،
ثم قال فخر الإسلام وهذا قول أبي حنيفة « رح » وذكر الشيخ الإمام علاء الدين

الاسبجابي في أول باب الكفالة من شرح مختصر الكافي ان الكفالة بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس وما دون النفس يصح ، وإنما الخلاف في الجبر على إعطاء الكفيل في الحدود لا يجبر بالإجماع ، وفي القصاص لا يجبر عند أبي حنيفة « رح » وعند صاحبيه يجبر . وفي الشامل وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس ولا تجوز الكفالة بنفس الحد وفيه أيضاً لا تجوز كفالة في قصاص واحد ويقول القاضي لمدعي القذف ألزمه إلى قيامي إن كانت بينتك حاضرة عند أبي حنيفة .

وعندما يأخذ كفيلاً ثلاثة أيام ثم قال والخلاف في أمر القاضي بإعطائه لا في الصحة ، فإنه لو كفل إنسان صح وذكر الكرخي أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم جميعاً إذ بدلها المطلوب بنفسه ولكن هل للقاضي أن يأمره بالكفيل إذا طلب الخصم . قال أبو حنيفة « رح » لا يأخذ القاضي منه كفيلاً ولكن يحبس حتى تقام عليه البينة أو تستوفى كذا ذكر صاحب التحفة ثم لا يحبس القاضي في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي فيشهد أنه زنا أو قتل فيحبسه القاضي حينئذ لثبوت التهمة بأحد شطري الشهادة من العدد والعدالة حتى يشهد عليه الشهود العدول وقد صح أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة ، بخلاف الأموال حيث لا يحبس فيها بشهادة الواحد

وفي شرح الأقطع فإن قيل فقد قال أبو حنيفة يحبس والتوثق بالحبس أعظم من التوثق بالكفيل قيل له ليس الحبس للتوثق ، وإنما هو للتهمة والحبس بها واجب ، ونقل الناطقي في أجناسه عن نوادر ابن رستم في التمزير لا يحبس حتى يسأل عن عدالة الشهود وتقبل فيه الشهادة على شهادة النساء مع الرجال ، ويجوز فيه العفو وتصح فيه الكفالة وهو حق الآدمي . وفي نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة أحبسه وادبه ثم أخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فإني أحبسه وأخلده في السجن إلى أن يتوب ، لأن شر هذا على الناس وشر الأول على نفسه ويقول

وقالا يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد وفي القصاص لأنه
خالص حق العبد ، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى . ولأبي حنيفة
« رح » قوله عليه السلام لا كفالة في حد

أبي حنيفة في هذا الباب قال أحمد والشافعي في قول وقول أكثر أهل العلم .
(وقالوا يجبر في حد القذف) أي قال أبو يوسف وعمر بن الخطاب المدعي عليه في حد القذف
على الكفالة ، وبه قال الشافعي في قول . وعن مالك مثله (لأن فيه) أي في حد القذف
(حق العبد) ولهذا يشترط الدعوى فيه ، وإن كان الغالب حق الله تعالى والمدعي يحتاج
إلى أن يجمع بين الشهود وبين المطلوب والمطلوب قد يخفى نفسه فيحتاج إلى أن يأخذ منه
كفيلاً وألحق الإمام الحنبلي حد السرقة بحد القذف في الجبر بالكفالة على قولها ، وفي
الجواز بغير الجبر على قول أبي حنيفة لأنه من الحدود التي تتعلق بها حق العباد .

وقال المرغيناني ليس نفس الجبر هنا الحبس لكن يأمره بالملازمة وليس تفسير الملازمة
المنع من الذهاب لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أينما دار كيلاً يغيب ، فإذا
انتهى إلى باب الدار وأراد الدخول ليستأذنه الطالب في الدخول فإن أذن له في الدخول
يدخل معه وليكن حيث يسكن وإن لم يأذن يحبس في باب داره ويمنعه من الدخول .

(وفي القصاص) أي يجبر في القصاص أيضاً (لأنه خالص حق العبد) فيجري الجبر
في أخذ الكفيل كما في سائر حقوقه . وقال الأتراسي وفيه نظر لأن القصاص مما اجتمع
فيه الحقان حق الله تعالى من حيث إخلاء العالم عن الفساد ، وحق العبد من حيث يشفي
الصدور ، ولكن حق العبد فيه غالب لصحة الاعتياض والعمو (بخلاف الحدود الخالصة
لله تعالى) أراد بها حد الزنا وشرب الخمر ، يعني لا يجوز الكفالة فيها بالإتفاق .

(ولأبي حنيفة قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (لا كفالة في حد) قال الأكمل
قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي ﷺ ذكره الخصاف في أدب القاضي عن شريح .
وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي روي هذا الحديث مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ وكذا
قاله الأتراسي بعينه ، ثم قال في آخره ولنا في رفعه نظر . قلت هذا أخرجه البيهقي في

من غير فصل ولأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق
بخلاف سائر الحقوق لأنها تندرى بالشبهات فيليق بها الاستيثاق
كما في التعزير فلو سمحت نفسه به يصح بالإجماع ، لأنه امكن
ترتيب موجه عليه ،

سننه عن بقية عن عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن
رسول الله ﷺ قال لا كفالة في حد . وقال تعزير به عمر بن أبي عمر الكلاعي وهو من
مشايخ بقية المجهولين ورواياته منكورة ، انتهى . ورواه ابن عدي في الكامل عن عمر
الكلاعي فاعله به وقال انه مجهول لا أعلم انه روي عنه غير بقية كما يروى عن سائر
المجهولين وأحاديثه منكورة غير محفوظة (من غير فصل) يعني لم يفرق بين حد فيه حق
العبد وبين حد هو خالص حق الله تعالى فلا تجوز الكفالة في جميع الحدود .

(ولأن مبنى الكل على الدرء) أي على الرفع (فلا يجب فيه الاستيثاق) يعني
بالتكفل ، فإذا لم يكفل عنده ماذا يصنع به . قال في جامع البرهاني يلزمه إلى وقت
قيام القاضي عن المجلس ، فإن أحضر البيئة فيها وإلا خلى سبيله ، هذا إذا لم يكن شاهداً
عدلاً أو شاهدين غير مستورين ، فإن أقام يحبس لا للتكفيل بل للتهمة (بخلاف سائر
الحقوق) حيث يجب فيه الاستيثاق بالتكفيل (لأنها تندرى بالشبهات فيليق بها
الاستيثاق كما في التعزير) أي يحبس المطلوب على إعطاء الكفيل فيما يجب فيه التعزير
لأنه محض حق العبد ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويعلف فيه فيجبر
فيه كالأموال .

(ولو سمحت نفسه به) أي نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل للطالب من غير جبر
عليه يعني لو تبرع بإعطاء الكفيل وسامح في ذلك نفس المطلوب وبدل الكفيل بنفسه في
القصاص وحد القذف والسرقة (يصح) أي الكفالة (بالإجماع) وفي الجنازية هذا في
حد للمباد وفيه حق كحد القذف ، أما في حد ليس للعبد فيه حق لا يجوز الكفالة وإن
سمحت به نفسه . وقال أحمد والشافعي لعدم المطالبة فيه (لأنه أمكن ترتيب موجه

لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق
الضم . قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد
عدل يعرفه القاضي لأن الحبس للتهمة ها هنا والتهمة تثبت بأحد
شطري الشهادة ، أما العدد أو العدالة بخلاف الحبس في باب
الأموال لأنه

عليه) موجه التزام المطالبة . وقال تاج الشريعة أي موجب عقد الكفالة وهو ضم الذمة
في المطالبة والضمير فيه يرجع إلى التكفيل وفي عليه إلى التكفيل (لأن تسليم النفس فيها)
أي في الحدود ويروى فيها بضمير التثنية أي في حد القذف والقصاص (واجب به الكفيل
فيتحقق الضم) وهو ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير وليس في كثير من النسخ لفظ قال (ولا
يحبس فيها) أي في الحدود ، وفي بعض النسخ فيها أي في حد القذف والقصاص (حق
يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) أي يعرفه كونه عدلاً قيد به
لأنه لو كان مجهولاً لا يحبس (لأن الحبس للتهمة ها هنا) التهمة بضم التاء وفتح الهاء ،
ويجوز بالإسكان أيضاً . وقال ابن الأثير التهمة فعلة من الوهم ، والتاء بدل من الواو وقد
تفتح الهاء والتهمة أي ظننت فيه ما نسب إليه من وهمة الشيء أهمه وهما من باب ضرب
أي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر ، ومعنى الحبس للتهمة تهمة الفساد وهنا لا
للاحتياط وشهادة المستورين تصلح لاثبات الحكم فيصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد
حجة في الديانات والمعاملات تثبت بشهادة العدل التهمة وإن لم تثبت أصل الحق والحبس
لتهمة الفساد مشروع لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه
حبس رجلاً بالتهمة .

(والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة) العدد اثنان ، والعدالة في
الواحد وقد مر أن الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من الديانات فيثبت بأحد شطريها
(بخلاف الحبس في باب الأموال) حيث لا يحبس فيه بشهادة الواحد (لأنه) أي لأن

أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة . وذكر في أدب القاضي
أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد
لحصول الاستيثاق بالكفالة . قال والرهن والكفالة جائزان في
الخراج لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب
العقد عليه فيهما .

الحبس (أقصى عقوبة فيه) أي في باب الأموال (فلا يثبت إلا بحجة كاملة) فلا يجوز
أن يعاقب به قبل ثبوت الحدود والقصاص به ، أما في الحدود والقصاص والتعزير أقصى
العقوبة القتل ، إذ الضرب والحبس نوع عقوبة ، فجاز أن يعاقب به قبل ثبوت
الحد والقصاص (وذكر في أدب القاضي) ذكر على صيغة المجهول (ان على قولهما) أي
على قول أبي يوسف ومحمد « رح » (لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول
الاستيثاق بالكفالة) يعني إن عندهما لما كانت الكفالة ثابتة في الحدود والقصاص لم تقع
الحاجة إلى الحبس ، لأن الاستيثاق يعصل بالكفالة . وعند أبي حنيفة « رح » لا كفالة
فيها جبراً فيحبس كي يشهد عليه الشهود المدول .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (والرهن والكفالة جائزان في الخراج لأنه)
أي لأن الخراج (دين مطالب به) ألا ترى أنه يحبس به ويلزم لأجله ومنع وجوب
الزكاة فيجوز الكفالة والرهن به كسائر الديون ، كذا في الفوائد .

فإن قيل يشكل على هذا الزكاة فإنه دين مطالب من جهة العباد في الأموال الظاهرة
الإمام . وفي الباطنة فائده وهو المالك كما مر في الزكاة ، ولا يجوز الكفالة بدين الزكاة .
قلنا قال الترمذاني إنما لا يصح لأن الزكاة ليست بدين بل هو قملك المال ، ولهذا لا يؤخذ
من تركته عندنا بخلاف الخراج ، فإنه يؤخذ من تركته .

(ممكن الاستيفاء) راجع إلى الرهن ، لأن الرهن وثيق لجانب الاستيفاء فهذا من
باب الف والنشر الغير مرتب ، لأن قوله دين يطالب به يرجع إلى الكفالة (فيمكن
ترتيب موجب العقد عليه فيهما) المراد بالمقد الكفالة والرهن وموجب الكفالة كونها

قال ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب وأخذ منه كفيلاً آخر
فهما كفيلان ، لأن موجه التزام المطالبة وهي متعددة ، والمقصود
التوثق ، وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان . وأما الكفالة بالمال

مشروعة لتحمل المطالبة ، وموجب الرهن كونه مشروعاً بمضمون يمكن استيفاؤه من
الرهن ، والضمير في عليه يرجع إلى الحراج ، وفي فيها يرجع إلى الرهن والكفالة .
(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب وأخذ
منه كفيلاً آخر فهما كفيلان) أي ذهب الطالب وأخذ من المطلوب وهو المدينون كفيلاً
آخر (فيها) أي الأول والثاني كفيلان (لأن موجه) أي موجب الكفالة (إلزام
المطالبة وهي متعددة) ألا ترى أنها لو كفلا جميعاً بنفسه معاً جاز ، فكذا إذا كفلا على
التعاقب ثم أسلم أحدهما نفس الأصيل إلى الطالب برىء هو دون الآخر وليس هذا كالدين ،
فإنه لو قضى أحد الكفيلين لدين واحد الدين يبرأ وفي التفريق والكفلاء الثلاثة في العقد
الواحد أيهم أسلم الأصيل كتسليمهم . وفي الشافعي ثلاثة كفلا بألف طالب كل واحد
بثلث الألف ، وإن كفلا على التعاقب يطالب كل واحد بالألف كذا ذكره شمس الأئمة
والمرغيناني والتمراشي ، ومذهب الشافعي لا يتأتى هنا ، لأن الكفالة بالنفس عنده لا
يصح ، كذا قاله الأثرابي وفي قول ابن أبي ليلى يرى الكفيل الأول (والمقصود) من عقد
الكفالة (التوثيق وبالثانية) أي وبالكفالة للثانية (يزداد التوثق فلا يتنافيان)
أي الكفالتان .

فإن قيل لما أخذ الطالب والمطلوب وأخذ منه كفيلاً فقد صار مستوفياً للنفس حين
صارت في يده فلم لا يبرأ الكفيل الأول بمنزلة الكفيل بالدين إذا أخذ الطالب من
المطلوب الدين برىء الكفيل ، قيل له لأن الطالب إذا أخذ الدين لم يبق له حق ، وها هنا
حقه باق وتسليم النفس إليه يحتاج إليه في كل وقت حتى يستخرج حقه ، انتهى . قلت
نفس السؤال دليل ابن أبي ليلى على قوله برىء الكفيل الأول ، والجواب جواب
عنه فافهم .

(وأما الكفالة بالمال) لما قسم المصنف الكفالة على قسمين كفالة بالنفس وكفالة

فجائزة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً مثل
أن يقول تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدركك في هذا
البيع ، لأن مبنى الكفالة على التوسع فيحتمل فيها الجهالة ، وعلى
الكفالة بالدرك إجماع

بالمال وبين الأول فشرع في بيان الثاني بقوله (فجائزة) وهو جواب أما ، وهذا الاختلاف
فيه إذا كان المال معلوماً ، وأما إذا كان المال مجهولاً فكذلك جائز عندنا ، وهو معنى
قوله (معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً) وقال الشافعي لا يجوز إذا كان مجهولاً ،
وصورة المعلوم مثل قوله تكفلت عنه بألف ، وصورة المجهول مثل قوله تكفلت عنه
بمالك عليه . والآن بينه المصنف رحمه الله ولكن فيه شرط عندنا ، أشار إليه بقوله (إذا
كان ديناً صحيحاً) احتراز به عن بدل الكتابة ويجيء الآن أيضاً (مثل أن يقول تكفلت
عنه بألف) هذا صورة المعلوم (أو بما لك عليه) أي أو قال تكفلت عنه بما لك عليه ، وهذا
هو صورة المجهول (أو بما يدركك في هذا البيع) أي أو يقول تكفلت عنه بما يدركك
من العوارض في هذا البيع (لأن مبنى الكفالة على التوسع) لأنها تبرع ابتداء فلا يمنع
صحتها الجهالة المستدركة للسيرة (فيحتمل فيها) أي في الكفالة (الجهالة) أي جهالة
المكفول به ، وبقولنا قال مالك وأحمد والشافعي في القديم . وقال في الجديد لا يصح
ضمان المجهول وهو قول الليث والثوري وابن أبي ليلى وابن المنذر قالوا لأنه التزام ، قال
فلم يصح مجهولاً كالثمن في البيع . ولنا قوله تعالى ﴿ ولئن جاء به حمل بعير وأنا به
زعيم ﴾ ٧٢ يوسف ، لأن حمل البعير يختلف باختلاف البعير ، وعموم قوله عيسى عليه السلام
الزعيم غارم .

(وعلى الكفالة بالدرك إجماع) إجماع مبتدأ وخبره هو قوله مقدماً على الكفالة
بالدرك ، وأراد به زيادة الإيضاح على صحة الكفالة بجهالة المكفول به فإنه يصح
بالاجماع . وفي الأقطع ونص الشافعي على جواز ضمان الدرك ، وهو عبارة عن ضمان
الاستحقاق وهو مجهول ، وهو أن يقول للمشتري أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد

وكفى به حجة وصار كما إذا كفل لشجة صحت الكفالة وإن احتملت
السراية أو الإقتصار وشرط أن يكون ديناً صحيحاً ، ومراده أن
لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه إن شاء الله تعالى . قال
والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل ، وإن شاء
طالب كفيله لأن الكفالة ضم النمة إلى النمة في المطالبة ، وذلك يقتضي
قيام الأول لا البراءة عنه

والدرك بتحريك الراء وتسكينها التبعة ، يقال ما لحقك من درك فعلى خلاصه . فإن
قيل هذا ضمان مال مجهول فلا يصح كما لو قال ضمانت لك بعض مالك على فلان فقيل
له هذا يصح عندنا والخيار فيه إلى الضامن يبين أي مقدار شاء (وكفى به) أي بالاجماع
(حجة) والاجماع من أقوى الحجج (وصار) أي حكم هذا المذكور (كما إذا كفل لشجة)
أي خطأ (صحت الكفالة) مع أن فيها جهالة .

(وإن احتمل السراية) إلى النفس (أو الإقتصار) عليه بدون السراية بخلاف
الكفالة بشجة عمداً لأن فيها القصاص ولا تصح الكفالة بالقصاص (وشرط) أي
للقدوري (أن يكون) المكفول به (ديناً صحيحاً) وذلك في قوله وأما الكفالة بالمال
فجائزة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً ، وهذا لفظ القدوري
في مختصره (ومراده) أي مراد القدوري من قوله إذا كان ديناً صحيحاً (أن لا يكون
بدل الكتابة) لأن الكفالة ببديل الكتابة لا تصح ، لأنه ليس بدين صحيح ، لأن الدين الصحيح لا
يسقط إلا بالاداء أو الإبراء فيسقط بدل الكتابة بدونها بتمجيز النفس (وسيأتيك من
بعد إن شاء الله تعالى في موضعه) في كتاب المكاتب .

(قال) أي القدوري (والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل) أي
الدين (وإن شاء طالب كفيله ، لأن الكفالة ضم النمة إلى النمة في المطالبة وذلك
يقتضي قيام الأول) أي الذمة الأولى (لا البراءة عنه) أي لا يستدعي البراءة عنها خلافاً

إلا إذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حواله اعتباراً للمعاني
كما أن الحواله بشرط أن لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة . ولو
طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما ، لأن مقتضاه
الضم ، بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحد الغاصبين ، لأن
اختياره أحدهما يتضمن التملك منه فلا يمكنه التملك من الثاني ،
أما المطالبة بالكفالة

لما يقول ابن أبي ليلى إن الكفالة توجب براءة الأصل . وقال الكاكي قوله وإن شاء
طالب الكفيل . قوله أكثر العلماء وعن مالك في رواية عنه أنه لا يطالب الكفيل إلا إذا
تعذر المطالبة عن الأصل (إلا إذا شرط فيه البراءة) أي إلا إذا شرط في عقد الكفالة
براءة الأصل (فحينئذ تنعقد) أي الكفالة (حواله اعتباراً للمعنى) وهو أنه أتى
بخاصية الحواله ، فإن نوى على ما في الكفيل يرجع على الأصل عندنا خلافاً للشافعي
والثوري بأحد الأمور الثلاثة ، وسيجيء بيانه في كتاب الحواله إن شاء الله تعالى .
(كما أن الحواله بشرط أن لا يبرأ بها) أي بالكفالة (المحيل يكون كفالة ، ولو
طالب أحدهما) أي ولو طالب المكفول له أحد الإثنين وهما الكفيل والأصل (له أن
يطالب الآخر) لأن مطالبة أحدهما لا تسقط مطالبة الآخر (وله أن يطالبهما) أي
الكفيل والأصل جميعاً (لأن مقتضاه) أي مقتضى عقد الكفالة (الضم) أي ضم
الذمة إلى الذمة .

(بخلاف المالك) أي مالك الشيء الذي غصب منه غاصب وغصب من الغاصب
غاصب آخر (إذا اختار تضمين أحد الغاصبين) وهما الغاصب وغاصب الغاصب فليس
له أن يضمن الآخر بعد ذلك (لأن اختياره) أي اختيار المالك تضمين (أحدهما) أي
أحد الغاصبين (يتضمن التملك منه) أي من الذي اختار تضمينه يعني إذا قضى القاضي
بذلك ، كذا في المبسوط (فلا يمكنه التملك من الثاني) أي من الغاصب الثاني ، لأنه من
المحال أن يملك العين الواحدة جميعاً لاثنتين في زمان واحد (أما المطالبة بالكفالة

لا يتضمن التملك فوضح الفرق . قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعلي وما ذاب لك عليه فعلي ، أو ما غصبك فعلي والأصل فيه قوله تعالى ﴿ ولئن جاء به حل بغير وأنا به زعيم ﴾ ٧٢ يوسف . والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك . ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع

فلا يتضمن التملك) ما لم يوجد الاستيفاء حقيقة فلا يمنع مطالبة أحدهما مطالبة الآخر (فوضح الفرق) بين المسألتين .

(قال) أي القدوري (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعلي) قيد بقوله فلاناً ليصير المكفول له معلوماً ، إذ جهالته تمنع صحة الكفالة ، حتى لو قال ما بايعت من الناس فانا لذلك ضامن لا يجوز لجهالة المكفول عنه والمكفول به فتفاحت الجهالة ، بخلاف الأول ، لأن الجهالة فيه يسيرة متعملة ، كذا في الإيضاح (وما ذاب لك) أي أو بقوله ما ذاب لك ، أي ما وجب وثبت لك (عليه) أي على فلان فهو (فعلي) ولفظ ذاب مستعار من ذوب الشحم ، كذا في المغرب (وما غصبك) أي أو تقول ما غصبك فلان أي ما غصب منك (فعلي) أي فهو علي ، والياء مشددة في لفظة علي في ثلاث مواضع (والأصل فيه) أي في باب تعليق الكفالة بالشروط الملائمة (قوله تعالى ﴿ ولئن جاء به حل بغير وأنا به زعيم ﴾ ٧٢ يوسف) فإنه يدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ، إذ حمل البعير مجهول وقد مر بيانه ، والأصل فيه أن شرائع من قبلنا تلزمنا ما لم ينص الله تعالى على إنكاره (والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك) أي الإجماع انعقد على صحة ضمان الدرك ، وقد مر الكلام فيه عن قريب .

(ثم الأصل) في هذا الباب (أنه يصح تعليقها) أي تعليق عقد الكفالة (بشرط ملائم لها) لمقتضى العقد (مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق مثل أن يقول إذا استحق

أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه
أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة وما ذكر
من الشروط في معنى ما ذكرناه ، فأما لا يصح التعليق بمجرد
الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر ، وكذا إذا جعل
واحداً منهما آجلاً إلا أنه يصح الكفالة ويجب المال حالاً ، لأن
الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة

المبيع) فأنما ضامن لذلك (أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه
أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة) أى إذا غاب المكفول عنه عن البلدة
فأنما ضامن لك بما عليه (وما ذكر من الشروط) أى في أصل المسألة مثل ما يابعت وما
ذاب ما غصب (في معنى ما ذكرناه) أى بمعنى الأصل الذى ذكرناه وهو ان كل شرط
ملائم لمقد الكفالة يصح تعليقها به .

(فأما لا يصح تعليقها بمجرد الشرط) يعني غير ملائم (كقوله إن هبت الريح) فأنما
كفيل لك بما عليه (أو جاء المطر) أى إن جاء المطر فأنما كفيل (وكذا) أى وكذا لا يصح
(إذا جعل واحداً منهما آجلاً) يعني إذا جعل مبوب الريح أو مجيء المطر آجلاً لكفالة
يبطل الأجل (إلا انه تصح الكفالة ويجب المال حالاً ، لان الكفالة لما صح تعليقها
بالشروط لا تبطل بالشروط الفاسدة) .

وقال الكاكي قوله إلا أن تصح الكفالة إلى آخره ، أعلم أن في هذا اللفظ نوع
اشتباه ، لانه إن أراد بقوله لما يصح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة ابتداء
تعليق الكفالة بالشرط ، فإن هناك لا يصير كفيلاً أصلاً ، ذكره في المبسوط ، وإن أراد
بهذا اللفظ تأجيل الكفالة إلى هذه الشروط الفاسدة فهذا تأجيل ، والتأجيل غير التعليق
ذكره في فتاوى قاضي خان ، فكيف يصح تعليقه بقوله لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل
بالشروط الفاسدة ، إلا ان أراد بالتعليق التأجيل يحامع أن في كل منهما عدم ثبوت

كالطلاق والعتاق ، فإن قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل

الحكم في الحال ، فحينئذ يصح ، وقد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط ، فإنه ذكرها هكذا وذكر التعليق وأراد التأجيل .

وقال الاكمل هنا وفي كلامه نظر من أوجه . الاول : أن قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة ، مع أن الكفالة لا تجوز . الثاني : أن قوله وكذا إذا جعل معطوفاً على قوله فأما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح إذا جعل ولا يخلو إما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة ، إذ لم يذكر المصنف ثالثاً ، والاول لا يجوز إذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق إذ جعل كل واحد منهما أجلاً ، والثاني كذلك لقوله بعده إلا أنه تصح الكفالة للثالث أن الدليل لا يطابق المدلول أن المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ، ومع ذلك فليس بمستقيم ، لأنها تبطل بالشرط المحض وهو أول المسألة .

ويمكن أن يحاب عن الاول بأن حاصل الكلام ينفي جواز الكفالة المعلقة بهما ، والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة ، ولا تنتفي الكفالة بانتفاء الأجل ، لأن الإيجاب المعلق نوع إذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه ، والأجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه . وعن الثاني بأن فاعل يصح المقدر وهو الأجل ، وتقديره وكما لا يصح الأجل إذا جعل كل واحد منهما أجلاً . وعن الثالث بأن المراد بالتعليق بالشرط الأجل مجازاً بقرينة قوله ويجب المال حالاً ، وتقديره لأن الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالأجل الفاسدة كالطلاق والعتاق ، ويجوز المجاز وعدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما .

(كالعتاق والطلاق) أي كما أن الشرط المجهول في الطلاق والعتاق يبطل ويصح الطلاق والعتاق بأن يقال اعتقت عبدي ، أو قال طلقت امرأتني إلى قدوم الحاج أو الحصاد أو القطاف (فإن قال تكفلت عنه بمالك عليه) أي فإن قال شخص لآخر تكفلت عنه بمالك عليه من المال (فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل) أي ضمن

لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به .
وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف
به ، لانه منكر للزيادة ، فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من
ذلك لم يصدق على كفيله ، لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه
ويصدق في حق نفسه لولايته عليها .

الألف الكفيل (لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه) أي ما على الكفيل
(فصح الضمان به) فصار كأنه ضمن بالألف الذي عليه فإلزمه ذلك (وإن لم تقم البينة
فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به) لأنه مال مجهول إلزمه بقوله فالقول
قوله كما لو أقر بشيء مجهول (لأنه منكر للزيادة) فالقول قول المنكر مع يمينه كالمدعى
عليه بالمال (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك) أي مما يعترف به الكفيل
(لم يصدق على كفيله ، لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه
لولايته عليها) أي على نفسه .

والحاصل أن إقرار المكفول عنه تضمن شيئين ، أحدهما على نفسه ، والآخر على
الكفيل فيصدق في إقراره على نفسه ، لأن له ولاية على نفسه ولا يصدق على الكفيل لعدم
ولايته عليه . وفي الشامل ما ذاب لك على فلان فهو على أو ثبت أو ما قضى عليه فأقر
المطلوب يلزم الكفيل إلا قوله ما قضى عليه لم يلزمه إلا أن يقضي القاضي . ولو إن
المطلوب اليمين فألزمه القاضي لم يلزمه الكفيل لأن النكول ليس بإقرار بل بدل . وقال
الكاكي قوله ولا ولاية له عليه .

فإن قيل يشكل هذا بما يكفل بما ذاب له على فلان ثم بعد ذلك قال الطالب هو ألقان
وقال المطلوب ألف ، وقال الكفيل لا شيء لك عليه فيلزم هناك على الكفيل ألف التي
أقر بها الطالب مع أنه لا ولاية له على الكفيل ، ذكره في المبسوط قلنا هذا إيجاب المال على
الكفيل بكفالاته لا بقول المطلوب لأنه لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه أن الذوب قد
يحصل عليه بإقراره وقد صار ملتزماً بذلك لكفالاته ، وهذا استحسان . وفي القياس لا

قال وتجاوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ماروينا ،
ولأنه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا
ضرر فيه على المطلوب بشبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضي
به ، فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه ،

يجب على الكفيل شيء كما في مسألتنا لإنكاره الوجوب على المطلوب ، هكذا
في المبسوط .

(قال) أي القدوري (وتجاوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما
روينا) وهو قوله عليه السلام الزعم غارم (ولأنه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه
وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بشبوت الرجوع إذ هو) أي الرجوع (عند
أمره) أي أمر المطلوب (وقد رضي به) أي رضي المكفول عنه بالرجوع عليه ، هذا
جواب لإشكال يقال لم قلتم إن في الكفالة نفعا للمكفول عنه ، ولا ضرر عليه . ورجوع
الكفيل عليه بما أدى ضرر فقال لا نسلم أنه ضرر مع وجود الرضى بالرجوع (فإن تكفل
عنه بأمره رجع بما أدى عليه) أي رجع بما أدى للمكفول له على المكفول عنه بالإجماع .
وفي النهاية ليس على إطلاقه ، بل مقيد بما إذا كان الأمر وهو المطلوب ممن يجوز إقراره
على نفسه بالدين ويملك المتبرع ، حتى لو كان المطلوب صبياً مجبوراً وأمر رجلاً بأن
يكفل عنه فالكفالة صحيحة ، ولكن لو أدى الكفيل ما أمره به لا يرجع على الصبي
الأمر ، وكذا الحكم في العبد المجبور ، ذكره في التحفة .

وفي أحكام الصغار للاستروشي لو كان الصبي مأذوناً له صح أمره ويرجع الكفيل بما
أدى عليه بصحة أمره بالأذن . وفي شرح الأقطع وهذا الذي ذكره المصنف إنما يصح إذا
قال إضمن عني فلان كذا ، فإن قال له إضمن الألف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند
الأداء ، لأن قوله إضمن يحتمل أن يكون على وجه التبرع وأن يكون غيره فلا يجوز
إيجاب الضمان إلا بلفظ مختص به ، فإذا قال إضمن عني دل على الضمان فلهزم ولا يلزم
غيره بالشك ، ولكن هذا الذي ذكره مذهب أبي حنيفة وعبد ربح ، خلافاً
لأبي يوسف .

لأنه قضى دينه بأمره . وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما أدى معناه
إذا أدى ما ضمنه ، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن ، لأنه
ملك الدين بالأداء فتزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث ،
وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء
الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين

(لأنه قضى دينه بأمره) أي لأن المأمور قضى دين الأمر بأمره فيرجع عليه (وإن
كفل عنه بغير أمره لم يرجع) بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه ، وبه قال الشافعي وأحمد رحم
في رواية . وقال مالك وأحمد في رواية يرجع كما لو كفل بأمره ، وقوله رجع (بما أدى
معناه) أي قول القدوري يرجع بما أدى معناه (إذا أدى ما ضمنه ، أما إذا أدى خلافه
رجع بما ضمن) لا بما أدى ، حتى لو كفل بالجياذ وأدى الزيف ويجوز للطالب أن يرجع
على المطلوب بالجياذ . ولو كفل بالزيف وأدى بالجياذ رجع بالزيف (لأنه) أي لأن
الكفيل (ملك الدين بالأداء فتزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة) يعني ملك إذن
الكفيل المكفول به بأن يهب المكفول له الكفيل يرجع الكفيل على المكفول
عنه بالمكفول .

فإن قيل هبة الدين من غير من عليه الدين إنما لا يجوز إذا لم يأذنه بقبضه ، وأما إذا
أذنه بقبضه يجوز استحساناً ، وما هنا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من
المطلوب فيصح هبة أو يجعل ذلك نقل الدين إليه فيقضى الهبة فتصير هبة لمن عليه الدين
(أو بالارث) بأن مات المكفول له فورثه الكفيل يرجع على المكفول عنه بالمكفول به
كما لو ملك ذلك بالأداء .

(وكما إذا ملكه المحتال عليه) يعني إذا أحال المدينون غريمه على رجل ليس للمدين
على رجل دين فتقبل الحوالة فأدى يرجع المحتال عليه على المحيل بما ضمن لا بما أدى ،
لأنه ملك الدين بالأداء كالكفيل (بما ذكرنا في الحوالة) أي في حوالة كفاية المنتهى
(بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين

بالاداء ، بخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة ، لانه إسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل . قال وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه ، لانه لا يملكه قبل الاداء . بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه

بالاداء) هذا جواب كفل تقديره الكفيل لا يرجع إلا إذا أدى بأمر المكفول عنه ، وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور يرجع بما أدى ، فكذلك الكفيل ، وتوجيهه أن يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الأمر شيء ، حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن ، وإنما الرجوع بحكم الأمر بالاداء فلا بد من اعتبارهما . فلو أدى الزيف عن الجياد ويجوز له ذلك رجع بها دون الجياد ، لأن أداء المأمور به لم يوجد ، وإن عكس فكذلك ، لأن الأمر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعاً بها ، فقله رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح .

(وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف بخمسمائة) حيث يرجع بما أدى وهو خمسمائة لا بما ضمن وهو الألف (لأنه إسقاط) عن بعض الدين وليس مبادلة ، إذ لو جعل مبادلة لكان ربا ، وإن كان إسقاط للبعض (فصار كما إذا أبرأ الكفيل) لا يؤخذ من الكفيل خمسمائة ^(١) خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه بما أدى وهو خمسمائة لا بما ضمن ، وكذا إذا أبرأ الكفيل عن مجموع الدين لا يرجع على المكفول عنه ، فكذا إذا صالح الكفيل إياه على بعض الدين لأنه جمع بالباقي مطلقاً باعتبار البعض بالكل .

(قال) أي القدوري (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه ، لأنه لا يملكه) أي لأن الكفيل لا يملك الدين . (قبل الاداء) لأن الكفيل كالقرض ، يعني والمقرض لا يرجع على المستقرض ما لم يقرض (بخلاف الوكيل بالشراء ، حيث يرجع قبل الاداء لأنه انعقد بينها) أي بين الوكيل والموكل (مبادلة حكمية)

(١) هنا كلام غين مقروء .

انعقد بينهما مبادلة حكمية . قال فإن لوزم بالمال كان له أن يلزم المكفول عنه ، حتى يخلصه ، وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه لأنه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله . وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برىء الكفيل لأن براءة الأصل توجب براءة الكفيل ، لأن الدين عليه في الصحيح وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصل عنه لأنه تبع ،

ألا ترى أن الملك ينتقل إلى الموكل من جهة الوكيل ، ولهذا يتحالفان إذا اختلفا في الثمن وللوكيل بالشراء حبس المبيع بالثمن فلا تثبت المبادلة الحكمية كان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري فللبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، فكذا الوكيل .

(قال) أي القدوري رحمه الله (فإن لوزم) أي الكفيل (بالمال كان له أن يلزم المكفول عنه حتى يخلصه) أي حتى يخلص المكفول عنه الكفيل لأن الأصل هو الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه عنها (فكذا إذا حبس كان له) أي الكفيل (أن يحبسه) أي أن يحبس المكفول عنه (لأنه لحقه) أي لحق الكفيل (ما لحقه من جهته) أي من جهة المكفول عنه (فيعامله بمثله) أي فيقابل الكفيل المكفول عنه بمثل ما قابله ويقولنا قال الشافعي « رح » في وجهه ومالك وأحمد « رح » إذا كانت الكفالة بأمره قال الشافعي في الأصح لا يحبسه .

(وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه) يعني أخذ الذي كان عليه (برىء الكفيل ، لأن براءة الأصل توجب براءة الكفيل) بلا خلاف بين الفقهاء ، بخلاف ما إذا كفل بشرط الأصل فبرأته لا توجب براءة الكفيل ، لأنه في معنى الحوالة ، والاعتبار للمعاني لا للعبارة (لأن الدين عليه) أي على المكفول عنه (في الصحيح) أي في القول الصحيح وهو احتراز عن قول بعض المشايخ حيث قالوا الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في الدين فوجب أصل الدين في ذمة الكفيل وقد مر هذا في أول الكتاب .

(وإن أبرأ الكفيل) أي وإن أبرأ المكفول له الكفيل عن الدين (لم يبرأ الأصل عنه لأنه تبع

ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز . وكذا
إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير من الكفيل ، ولو أخر عن
الكفيل لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصل ، لأن التأخير إبراء
مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد ، بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلاً

ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه (أي بدون المطالبة على تأويل الطلب
(جائز) وفي شرح الطحاوي وإذا أبرأ المكفول له المطلوب عن الدين وقبل ذلك برىء
الأصيل والكفيل جميعاً ، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل وبراءة الأصيل ، إلا
أنه اشترط في ذلك قوله أو بموت قبل القبول أو الرد فقام ذلك مقام القبول ، ولو رده
ارتد وادين الطالب على حاله . واختلف مشايخنا في ذلك أن الدين هل يعود إلى الكفيل
أم لا ، قال بعضهم يعود وقال بعضهم لا يعود . ولو أبرأ الكفيل صح الإبراء قبل أو لم
يقبل ولا يرجع على الأصيل . ولو وهب الدين أو تصدق عليه يحتاج إلى القبول .

فإن قيل كان له أن يرجع على الأصيل كما إذا أدى وفي الكفيل حكم إبرائه والهبه
تختلف في الإبراء لا يحتاج إلى القبول . وفي الهبة والصدقة يحتاج إلى القبول . وفي
الأصل يتفق حكم إبرائه والهبة والصدقة فيحتاج إلى القبول في الكل ولو كان الإبراء
والهبة والصدقة بعد موته وقبل ورثته صح ويورد ورثته ارتد وبطل الإبراء عند أبي
يوسف لأن الإبراء بعد الموت إبراء للورثة ، وقال محمد لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم في
حال حياته ثم مات .

(وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل يكون تأخيراً عن الكفيل ، ولو أخر عن
الكفيل لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصل) وهو المكفول عنه ولا نعم فيه خلاف
(لأن التأخير إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد) فإن قيل الإبراء المؤبد لا يرتد برد
الكفيل والموقت يرتد برده ، وبرد الأصيل يرتدان كلاهما ، والرواية في التمتع فكيف يعتبر
الوقت بالمؤبد . قلنا كلامنا في السقوط والثبوت . أما قبول الارتداد وعدم قبوله حكم
آخر سوى ما نحن فيه فلا يلزم من إعتبارهما حكم إعتبارهما في جميع الأحكام (بخلاف ما
إذا كفل بالمال الحال مؤجلاً) نصب على الحال من قوله كفل (إلى شهر فانه يتأجل عن

إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة ، فصار الأجل داخلاً فيه ، أما ما هنا فبخلافه . فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برىء الكفيل والذي عليه الأصل لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهي على الأصيل فبرىء عن خمسمائة لأنه إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئنا جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره ، بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لأنه مبادلة حكمية

(الأصيل) وقال الشافعي وأحمد ومحمد « رح » في رواية لا يتأجل على الأصيل بل يتأجل على الكفيل (لأنه) أى لأن الطالب (لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلاً فيه) لأنه أضاف الاجل إلى نفس الدين لأنه لا شيء سوى الدين حتى يصرف الاجل فيه فصار التأجيل وصفاً لاجل الدين فيظهر الاجل في حقها ضرورة .

(أما ما هنا فبخلافه) يعني فيما كفل حالاً ، ثم أخرج عنه الطالب لم يكن ذلك تأخيراً عن الأصيل . وفي الفتاوى الصغرى الكفيل بالدين المؤجل إذا أدى قبل حلول الاجل لا يرجع على المكفول عنه حتى يحل الأجل (فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برىء الكفيل والذي عليه الأصل) وهو الدين (لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهي على الأصيل فبرىء عن خمسمائة لأنه إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئنا جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع) أي الكفيل (على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره) وإن كانت بغير أمره لا يرجع وإن صالحه مطلقاً أو أبرأه بطلت عن الكفيل وبقي الحق على الأصيل ، كذا قال فخر الإسلام وغيره .

(بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر) أي صالح عن ألف هي دراهم على ثوب مثلاً حيث يرجع الكفيل إذا أدى بجميع الألف (لأنه مبادلة حكمية) وهو جعل الثوب

فملكه فيرجع بجميع الألف . ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة
لا يبرأ الاصيل ، لان هذا إبراء الكفيل عن المطالبة . قال ومن
قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت إلي من المال رجع الكفيل على
المكفول عنه ، معناه بما ضمن له بأمره ، لان البراءة التي ابتداءها
من المطلوب وانتهاءها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء فيكون هذا
إقرار بالاداء فيرجع . وإن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على
المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن
إقراراً بالإيفاء . ولو قال برئت

بدل الألف (فملكه) أي فملك الألف (فيرجع بجميع الألف) هذا نتيجة ملك الألف
(ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة) الذي استوجب بالكفالة هو المطالبة (لا
يبرأ الاصيل لان هذا إبراء الكفيل عن المطالبة) لان هذا فسخ الكفالة لا إسقاط
لاصل الدين .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت
إلي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه) أي معنى ما قاله محمد « رح » من
قوله ضمن له مالا (بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداءها من المطلوب
وانتهاءها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء فيكون هذا) أي قوله برئت إلي
(إقرار بالاداء) أي بالإيفاء (فيرجع) فكأنه قال استوفيت منك حقي ، فإذا أقر
الطالب بالإيفاء يرجع الكفيل فكذا هذا .

(وإن قال) أي الطالب (أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا
تنتهي إلى غيره ، وذلك) يكون (بالإسقاط فلم يكن إقراراً بالإيفاء) لان البراءة في هذه
الصورة ابتداءها من الطالب ، وهذا لا يكون إلا بالإسقاط فإذا أسقط من الكفيل لا
يرجع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل (ولو قال برئت) ولم يقل إلي (قال

قال محمد «رح» هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء إليه
والإبراء فيثبت الادنى إذ لا يرجع الكفيل بالشك . وقال أبو
يوسف «رح» هو مثل الاول لانه أقر ببراءة ابتداءها من
المطلوب ، وإليه الإيفاء دون الإبراء .

محمد هو مثل الثاني (أي مثل قوله أبرأتك) لانه يحتمل البراءة بالاداء إليه والإبراء)
ويحتمل البراءة بالإبراء ، فإذا كان كذلك (فيثبت الادنى) وهو البراءة بالإبراء لا
البراءة بالاداء وهو الإسقاط ، وبقوله قالت الثلاثة (إذ لا يرجع الكفيل بالشك) هذا
نسخة بكلمة أولا يرجع ، والظاهر أن هذا دليل آخر وهو أنه لا يرجع بالشك لاحتمال
الامر يد المذكورين ، فافهم فان هذا موضع لا ينتقص فيه كل أحد .

(وقال أبو يوسف هو مثل الأول) وهو قوله برئت إلي من المال (لانه أقر ببراءة
ابتداءها من المطلوب) فانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء ، وذلك إنها يكون بفعل
مضاف إليه على الخصوص كما إذا قيل قمت وقعدت مثلاً (وإليه) أي وإلى المطلوب
(الإيفاء دون الإبراء) تقرير هذا أنه أخبر على البراءة بفعل عن المطلوب وهو الكفيل
إلى الطالب وذلك بالإيفاء يكون لانه هو الذي يتعدى من المطلوب إلى الطالب دون
الإبراء إذ الإبراء يتعدى من الطالب الى المطلوب ، وقيل أبو حنيفة مع أبي يوسف في هذه
المسألة ، وكان المصنف اختاره فأخبره وهو أقرب الاحتمالين فالصير إليه أولى ، وما
قاله محمد إنما يستقيم إذا كان الاحتمالان على السواء وقد يرجح أحد الاحتمالين وهو
البراءة بالقبض ، لانه كالحقيقة والآخر كالمجاز . وقيل برئت مطاوع أبرأتك فتكون
حقيقة أيضاً .

واختلف مشايخنا المتأخرون فيما إذا قال المدعى عليه أبرأني المدعي من الدعوى التي
يدعي علي يكون إقراراً ، كما لو قال أبرأني من هذا المال . وقيل لا يكون إقراره لان
الدعوى قد تكون حقاً وباطلاً . ولو قال الطالب للكفيل أنت في حل من المال فهو
كقوله أبرأتك باجماع الائمة الاربعة ، لان لفظ الحل يستعمل في البراءة بالإبراء دون
البراءة بالقبض ، كذا ذكره الهبوبي .

وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لانه هو المجمل . قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك

(وقيل في جميع ما ذكرنا) من الوجوه الثلاثة (إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل) لأن الاصل في الإجمال الرجوع إلى بيان المجمل . فان قيل المجمل مالا يمكن العمل به إلا بالبيان ، وهامنا العمل ممكن في الواجهة الثلاثة بدون البيان على ما ذكر من وجوه البيان خصوصاً في الوجه الاول ، لانه بين أن البراءة التي ابتدأها من الكفيل وإنتهأها إلى الطالب بمنزلة قوله دفعت إلي وقبضته منك فلا يكون فيه إجمال ، وكذا في الشافعي وهذا لاخلاف فيه أنه أبرأ بدون القبض . وفي الوجه الثالث عمل محمد يمين . وأبو يوسف رجح الإبراء بالقبض فلا يكون مجملاً ، قيل في جوابه قوله برئت إلي وإن كان بمنزلة الصريح في حق الإيفاء والقبض من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن قال برئت إلي لاني أبرأتك وإن كان بعيداً عن الاستعمال وما ذكرنا في تعليل الواجهة الثلاثة كله استدلال لا صريح في الإيفاء وغير الإيفاء ، ولهذا جعلت الائمة الثلاثة الكل الإبراء بدون الإيفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالصريح ، فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب سقط العمل به بالاستدلال وفيه تأمل .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أراد به الشرط الغير المتعارف ، كما إذا قال إذا جاء غداً فانت بريء من الكفالة . حاصله أن المراد به الشرط المحض الذي لا منفعة للطالب فيه أصلاً كدخول الدار ومجيء الغد لانه غير متعارف ، أما إذا كان متعارفاً يجوز كله في تعليق الكفالة ، فانه ذكر في الإيضاح لو كفل بالمال وبالنفس أيضاً ، وقال إن وافيتك غداً فانت بريء من المال فوافاه غداً يبرأ من المال . وكذا لو علق البراءة باستيفاء البعض يجوز أو علق البراءة عن البعض يجوز ذكره ، في مبسوط شيخ الاسلام (لما فيه) أي تعليق البراءة من الكفالة بالشرط (من معنى التمليك) ولهذا يرجع الكفيل بما أدى عن المكفول عنه إذا كان بأمره والتمليكات لا يجوز تعليقها بالشروط لافضائه إلى معنى

كما في سائر البراءات ، و يروى أنه يصح لان عليه المطالبة
دون الدين في الصحيح فكان إسقاطاً محضاً كالطلاق ، ولهذا
لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد ، بخلاف إبراء الأصل وكل
حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة كالحدود
والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد ، لانه يتعذر
إيجابه عليه ، وهذا لان العقوبة لا يجري فيها النيابة . وإذا تكفل
عن المشتري بالثمن جاز

القهار (كما في سائر البراءات) لا يجوز فيها التعليق بالشرط (و يروى أنه يصح) أي أن
في تعليق البراءة من الكفالة بالشرط (لان عليه) أي على الكفيل (المطالبة دون الدين
في الصحيح) أي في القول الصحيح من المشايخ ، فإذا كان كذلك (فكان) أي إبراء
الكفيل (إسقاطاً محضاً) والإسقاط المحض يصح تعليق (كالطلاق) فانه إسقاط محض
يصح تعليقه بالشرط (ولهذا) أي ولأجل كونه إسقاطاً محضاً (لا يرتد الإبراء عن
الكفيل بالرد) .

(بخلاف إبراء الأصل) فانه يرتد بالرد (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل
لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص) هذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره قوله لا
يمكن أي لا يصح ، لان إمكان الضرب أو جر الرقبة ليس بمنفعة لا محالة لكنه لا يصح
شريعاً ، وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في تقي الصحة . وقال المصنف رحمه الله
(معناه بنفس الحد) يعني بنفس الحد لا يجوز (لا بنفس من عليه الحد) فان الكفالة
بنفس من عليه الحد تجوز ، لانه تعليق لقوله معناه بنفس الحد (لانه) أي لان الاستيفاء
(يتعذر إيجابه عليه) أي على الذي يكفل (وهذا) أي عدم الإيجاب عليه المتعذر
(لان العقوبة لا تجري فيها النيابة) لعدم حصول المقصود . لان المقصود الزجر وهو لا
يتحقق بالنائب .

(وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز) هذا لفظ القدوري إنما جاز الكفالة بالثمن

لانه دين كسائر الديون وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح ،
لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالايعان المضمونة
وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي « رح » ، لكن بالإيعان
المضمونة بنفسها

(لانه دين كسائر الديون) لانه دين صحيح يمكن استيفاؤه من الكفيل ، فصحت الكفالة
به كما في سائر الديون وكالقرض (وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) وهذا أيضاً لفظ
القدوري « رح » وفي بعض النسخ لم يجز (لانه) أي لان المبيع (عين مضمون بغيره
وهو الثمن) ولا يمكن أدائه عن الكفيل إذا هلك فإنه لو هلكت العين سقط الثمن
(والكفالة بالايعان المضمونة) الايعان على نوعين أمانة ومضمونة والكفالة بالامانة لا
تصح كالودائع والمواري ومال المضاربة والشركة والعين المستأجرة غير أن العارية والعين
المستأجرة واجبة الرد إن كان لها حمل ومؤنة ، بخلاف الودائع ومال المضاربة والشركة
فانها ليست بواجبة الرد ، بل الواجب التخلية . فلو كفل بتسليم العارية والمستأجرة
صح ، أما الايعان المضمونة فعلى نوعين :

الاول : ما كان مضموناً بنفسه على معنى أنه يجب رد عينها إن كانت باقية وقيمتها
إن هلكت تصح الكفالة وهي كالعين المفصوبة والمقبوض على سوم الشراء والمبيع
بيعاً فاسداً .

الثاني : غير مضمون بنفسه بل هو مضمون بغيره كالبيع في يد البائع والموهون في يد
المرتهن ، لان المبيع مضمون بالثمن والرهن مضمون بالدين لا تصح الكفالة به ، وإذا
تكفل بتسليم المبيع صح . وقال تاج الشريعة كون الشيء مضموناً بنفسه أن لا يزول عنه
الزمان أصلاً كالمقبوض على سوم الشراء والمفصوب فإنه يجب رد عينه أو قيمته والايعان
المضمونة لغيرها ليست كذلك ، إذ المبيع لو هلك يهلك على حكم ملك للمالك وينفسخ
البيع والانسان لا يضمن مال نفسه .

(وإن كانت تصح عندنا) كلمة إن واصلة بما قبله (خلافاً للشافعي) فان عنده في
وجه لا تصح الكفالة بالايعان غير ثابتة في الذمة (لكن بالايعان المضمونة بنفسها) هذا

كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان
مضموناً بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار
والمستأجر ومال المضاربة والشركة . ولو كفل بتسليم المبيع قبل
القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر
إلى المستأجر جاز لانه التزام فعلاً واجباً

في محل الخبر عن قوله والكفالة بالاعيان المضمونة إنما تصح إذا كانت مضمونة بنفسها لا
مطلقاً ، ومثل لذلك بقوله (كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا
بما كان) يعني لا تصح الكفالة بما كان (مضموناً بغيره كالمبيع) فانه مضمون بالثمن
(والمرهون) فانه مضمون بالدين (ولا بما كان) أي ولا تصح الكفالة أيضاً بالشيء
يكون (أمانة كالوديعة والمستأجر والمستعار ومال المضاربة والشركة) وقد ذكرنا
الجميع آنفاً .

(ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض) أي قبض الدين
(إلى الراهن أو بتسليم المستأجر) بفتح الجيم (إلى المستأجر) بكسرهما (جاز لانه
التزام فعلاً واجباً) أي لان الكفيل التزم فعلاً واجباً على الاصيل وهو تسليم المبيع
والمرهون والمستأجر فلو هلك المبيع أو الرهن أو المستأجر بطلت الكفالة ولم يكن على
الكفيل شيء لانه ما ضمن الثمن إلا في المبيع أو القيمة في غيره . وعند أبي يوسف ومحمد
رحمهما الله العين في يد الأجير المشتركة مضمونة فتصح الكفالة بهما عندهما خلافاً لأبي
حنيفة رحمه الله . وفي الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة ، وكذا الكفالة
بتسليم العارية صحيحة لكن بعينها لا تجوز .

وقال شمس الأئمة الكفالة بتسليم العارية باطلة وهذا ليس بصواب ، فقد نص محمد
« رح » في الجامع أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة ، وهكذا في المبسوط والإيضاح . وقال
الأكمل في قوله وهذا ليس بصواب نظراً ، فإن شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع ،
بل لعله قد اطلع على رواية أخرى أقوى من ذلك ، فاخترها ، وفيه تأمل ، وعند أحمد

ومن استأجر دابة للحمل عليها . فإن كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل ، لأنه عاجز عنه . وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه ، والحمل هو المستحق ، وكذا من استأجر عبداً للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا . قال ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » يجوز إذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة .

يجوز ضمان العارية لأنه مضمون عنده كالمفصوب .

(ومن استأجر دابة للحمل عليها فإن كانت) أي الدابة (بعينها لا تصح الكفالة بالحمل ، لأنه عاجز عنه) أي لأن الكفيل عاجز عن تسليم الدابة المعينة لأنها ملك الغير والمستحق الحمل عليها (وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق) يعني إذا لم تكن الدابة بعينها (وكذا) الحكم في (من استأجر عبداً) أي معيناً (للخدمة فتكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه عاجز .

(قال ولا تصح الكفالة) سواء كانت بالنفس أو بالمال (إلا بقبول المكفول له في المجلس العقد) أي في مجلس عقد الكفالة (وهذا) أي اشتراط قبول المكفول له (عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وبه قال الشافعي رحمه الله في وجه (وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز) وبه قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في وجه (إذا بلغه فأجاز) أي إذا بلغ المكفول له بالتكفيل فأجاز (ولم يشترط في بعض النسخ) أي نسخ كفالة المبسوط (الإجازة) على قول أبي يوسف رحمه الله . وقال الأكمل قبل أي نسخ كفالة المبسوط وفيه نبوة ، لأن نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد ، وإنما هي نسخة واحدة ، فالموجود في بعضها دون بعض يدل على ترك في بعض أو زيادة في آخر . قلت النبوة فيما قاله لا فيما قيل .

والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعاً . له أنه تصرف التزام
فيستبد به الملتزم ، وهذا أوجه هذه الرواية عنه ، ووجه التوقف
ما ذكرناه في الفضولي في النكاح . ولها أن فيه معنى التملك وهو
تمليك المطالبة منه

وفي الكافي واختلفوا في قول أبي يوسف رحمه الله فقبل يجوز عنده بوصف التوقف
حتى لو رضي به الطالب ينفذ . وقبل يجوز لو صف النقاد ، قيل رضا الطالب ليس
بشرط وهو الأصح عنده . وفي شرح المجمع وأفتى بعض المشايخ بقول أبي يوسف رحمه
الله وفقاً للناس . وقال الأتزازي رحمه الله والحاصل أن الكفالة بالنفس أو بالمال إذا
كانت بحضرة المكفول له والمكفول عنه صحت بالإجماع ، فان كان الطالب غائباً فهي
جائزة عند أبي يوسف رحمه الله . وقال لا يجوز إلا أن يقبل عنه قابل فيتوقف على
إجازته ، كذا في المختلف .

(والخلاف) بين أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبين أبي يوسف رحمه الله (في
الكفالة بالنفس والمال جميعاً له) أي لأبي يوسف رحمه الله (إنه) أي أن عقد الكفالة
(تصرف التزام) للغير (فيستبد به) أي فينتقل به (الملتزم) كالإقرار والنذر ، ولهذا
يصح مع الجهالة (وهذا) أي هذا التعليل وهو أنه تصرف التزام (أوجه هذه الرواية
عنه) أي عن أبي يوسف رحمه الله (ووجه التوقف) يعني أن وجه الرواية التي أجازت
الكفالة عند غيبة المكفول له موقوفة على الإجازة (ما ذكرناه) في كتاب النكاح
(في الفضولي في النكاح) وهو أن شطر العقد يتوقف على ما وراء المجلس عند أبي
يوسف رحمه الله ، والجامع عدم الضرر . وعندهما لا يتوقف شطر العقد على ما وراء
المجلس كما في البيع . حاصل الكلام من جمل الخلاف في التوقف جعله فرعاً للفضولي في
النكاح إذا تزوج امرأة وليس عنها قابل يتوقف عند أبي يوسف رحمه الله على إجازتها
فيما وراء المجلس لأنه لا ضرر في هذا التوقف على أحد .

(ولها) أي ولأبي حنيفة ومحمد رحمهم الله (أن فيه) أي في عقد الكفالة (معنى
التمليك وهو تملك المطالبة منه) أي من المكفول عنه ، كذا قال شيخنا العلامة ثم قال

فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس .
قال إلا في مسألة واحدة وهي أن يقول المريض لو ارثته تكفل
عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك
وصية في الحقيقة ،

ويحتمل أن يرجع الضمير إلى الكفيل لأن الكفيل ، ملك المطالبة للكفول عنه . وقال
تاج الشريعة منه ، أي من الكفيل . ومتى ثبت معنى التملك لم ينفرد الواحد به لأنه شطر
العقد (فيقوم بهما جميعاً) أي فيقوم التملك بالكفيل والطالب (والموجود شطره)
أي شطر العقد (فلا يتوقف على ما وراء المجلس) فعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولي
توقف على إجازته لوجود شرطية .

(قال) أي للقدوري (إلا في مسألة واحدة) وهو استثناء من قوله ولا تصح الكفالة
إلا بقبول المكفول له في المجلس حيث يصح استحساناً ، والقياس عدمها على قولها
(وهي أن يقول المريض) وفي القدوري وهي أن يقول المريض وهذا على الأصل ، لأن
الضمير يرجع إلى المسألة . ووجه تذكير الضمير في الكتاب باعتبار المذكور في القدوري
أن يقول المريض (لو ارثته تكفل عني بما علي من الدين فكفل به) أي فتكفل الوارث لما
عليه من الدين (مع غيبة الغرماء) حيث تصح استحساناً (لأن ذلك وصية في الحقيقة)
أي يصير كأنه أوصى إليه بقضاء ديونه فيشترط قبول من أوصى إليه ليصير وصياً لا قبول
غيره ، كذا قاله تاج الشريعة . وقال الكاكي رحمه الله قيل في تحليل الكتاب بقوله لأن
ذلك وصية في الحقيقة نظراً إذ لو كان وصية حقيقة لما اختلف الحكم بين حالة الصحة
وحالة المرض ، وقد ذكرنا من المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة ، إلا أن يأول هذا
ويقال لأن ذلك في معنى الوصية في الحقيقة وفيه بعد ، وقد نقل الأكمل هذا ثم قال مثل
هذه العبارة يستعمل عند المحصلين فيها إذا دل لفظ بظاهره على معنى ، وإذا نظرت في
معناه يأول إلى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في
الحقيقة وفيه تأمل . وفي الشامل الإيصاء بقضاء الدين يصح . وفي الخلاصة ثم هذا من

ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم، ولهذا قالوا وإنما تصح إذا كان له مال، أو يقال أنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغاً لذمته وفيه نفع الطالب كما إذا حضر بنفسه، وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح.

المريض يصح وإن لم يسم الدين ولا صاحب الدين وأشار إليه المصنف رحمه الله بقوله (ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم) أي ولأجل أن ذلك وصية .

(ولهذا) أي ولأجل ذلك أيضاً (قالوا) أي المشايخ (وإنما تصح) أي عقد الكفالة بدون قبول الطالب (إذا كان له) أي للمريض (مال) عند الموت إذ الوصية تصح في المال عند الموت (أو يقال) إشارة إلى بيان وجه آخر في صحة قول المريض لوارثه تكفل بما علي من الديون . تقرير أن يقال (أنه) أي المريض (قائم مقام الطالب) وهو المكفول له (لحاجته إليه) أي لحاجة المريض إلى إقامة نفسه مقام الطالب (تفريغاً لذمته) أي لأجل تفريغ ذمته عن الدين فصار كأن الطالب حضر بنفسه على ما يحىء (وفيه) أي وفي إقامة نفسه مقام الطالب (نفع الطالب) وهو حصول حقه إليه ، فصار حكمه (كما إذا حضر) أي الطالب (بنفسه ، وإنما يصح بهذا اللفظ) متصل بقوله لأن ذلك وصية ، يعني أن قول المريض لوارثه تكفل عني أيضاً ، ولهذا تصح إذا لم يكن مال ولكن الإيصاء صح بلفظ الضمان .

(ولا يشترط القبول) أي قبول المريض ، هذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لو كان المريض نازلاً منزلة الطالب لكان قبوله شرطاً لقبول الطالب . وتقرير الجواب أنه لا يشترط القبول (لأنه يراد به التحقيق) أي المريض يريد بقبوله تكفل عني تحقيق الكفالة (دون المساومة) نظراً إلى ظاهر حالة هو عليها ، وهو معنى قوله (ظاهراً في هذه الحالة فصار) أي فصار هذا (كالامر بالنكاح) لو قال لامرأة زوجتي نفسك ، فقالت زوجت نفسي منك يكون ذلك بالقبول فكأنها قالت زوجت ، وقال قبلت

ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه قال وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة «رح». وقالوا تصح لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ، ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة . ولو تبرع به إنسان وله مال يصح ، وكذا يبقى إذا كان به كفيل

(ولو قال المريض ذلك لأجنبي) أي لو قال المريض لأجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الأجنبي ذلك (اختلف المشايخ فيه) فمنهم من لم يصح ذلك لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الإلزام ، فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لأجنبي أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له ، فكذا المريض ، ومنهم من صححه لأن المريض قصد به النظر لنفسه والأجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائماً مقام الطالب لتضييق الحال عليه بمرض الموت لكونه على شرف الهلاك . ومثل ذلك لا يوجد في الصحيح فأخذناه بالقياس .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل به رجل عنه لغرمائه لم تصح عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه) أي لم تصح الكفالة عنده سواء كان ذلك الرجل أجنبياً أو وارث الميت (وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (تصح) الكفالة وبه قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله (لأنه) أي لأن الرجل (كفل بدين ثابت لأنه) أي لأن الدين (وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط) أي مسقط الدين ، لأن الإسقاط إنما يكون بالإبراء أو الإبراء أو إنقاس سبب وجوبه وبالموت لا يتحقق شيء من ذلك (ولهذا) أي ولأجل ما ذكرنا من عدم الاسقاط (يبقى) أي الدين (في حق أحكام الآخرة) فيطالب به في الآخرة .

(ولو تبرع به) أي بأداء الدين (إنسان وله مال) أي والحال أن للميت مال (يصح) أي التبرع به . ولو برىء المفلس من الدين بالموت لما حل لصاحب الدين الأخذ من المتبرع (وكذا يبقى) أي الدين (إذا كان به كفيل أو مال) ويبقى هو على كفالته

أو مال . وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة ،
ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في
المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة

ولو سقط الدين بالموت ليسقط عن الكفيل ، لأن سقوط الدين عن الأصيل يوجب
براءة الكفيل .

(وله) أي ولا يحنيفه رضي الله تعالى عنه (أنه) أي أن الرجل (كفل بدين
ساقط) لأن محل الدين قد فات وقيام الدين من غير محل محال (لأن الدين هو الفعل
حقيقة) لأن المقصود والفائدة الحاصلة منه هو فعل الأداء (ولهذا) أي ولكون الدين
هو الفعل حقيقة (يوصف بالوجوب) يقال دين واجب كما يقال للصلاة واجبة والوصف
بالوجوب حقيقة إنها هو في الأفعال (لكنه في الحكم مال) هذا جواب عن سؤال مقدر
وهو أن يقال لزم حينئذ قيام المرض هو غير جائز عند المتكلمين من أهل السنة . وتقدير
الجواب هو ما قاله لكنه أي لكن الدين في الحكم مال ، لأن تحقيق ذلك الفعل في الخارج
ليس بالإبتليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب (لأنه) أي لأن الأداء الموصوف به
(يؤول إليه في المال) فكان وصفاً مجازياً ، وكونه مالا بواسطة الاستيفاء (وقد عجز)
أي والحال أنه قد عجز عنه (بنفسه وبخلفه) أي كفيله (ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط)
في أحكام الدنيا (ضرورة) لأن الكفالة من أحكام الدنيا فانعدم أثر الوجوب في حق
الميت فلم تصح الكفالة لأنها بناء على الوجوب في جانب من عليه .

فإن قلت المعجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه ، وذلك لا يستلزم بطلان
الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقر بدين فلإنها تصح ، فإن تمذرت المطالبة في
حال الرق . وقال الأكل رحمة الله قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة بوجوب الحق
عليها ضعفت بالرق وبين ذمته خربت بالموت ولم يبق أهلاً للوجوب عليها . وقال الأكل
رحمة الله أيضاً وهذا التقرير كما ترى يشير إلى أن المصنف ذكر دليل أبي حنيفة رضي الله عنه
بطريق المعارضة . ولو أخرجه إلى سبيل الممانعة بأن يقول لا نسلم أن الدين ثابت بل هو

والتبرع لا يعتمد قيام الدين وإذا كان به كفيلا أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق .

ساقط ويذكر السند بقوله فإن الدين هو الفعل كان أحدث في وجوه النظر على ما لا يخفى قلت الذي قرره المصنف يتناول كل واحد من طريق الممانعة وطريق المعارضة على ما لا يخفى ،

(والتبرع لا يعتمد قيام الدين) هذا جواب عما قال ولو تبرع به إنسان تقريره أن الشرع لا يعتمد قيام الدين ، فمن من قال لفلان على فلان ألف درهم وأنا كفيلا صحت الكفالة وعليه أدائه وإن لم يوجد الدين أصلا . وقال تاج الشريعة والتبرع لا يعتمد قيام الدين أي في حق المكفول عنه ، بل يعتمد قيامه في حق الكفيل ، ولهذا لو أقر رجل أن لفلان على فلان كذا وأنا كفيلا بذلك وأنكر المكفول عنه تصح الكفالة وعليه أداء الدين (وإذا كان به كفيلا) جواب عن قولها وكذا يبقى إذا كان به كفيلا (أو له مال) ببيان هذا أن القدرة شرط للفعل إما بنفس القادر أو بخلفه ، فإذا كان به كفيلا أو له مال وانتفى القادر (فخلفه) وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين (أو الإفضاء إلى الأداء) هذا غير موجود في بعض النسخ . وقال الاترازي هكذا وقع السماع مرارا ، وقد كانت نسخة شيخ الاسلام حافظ الدين الكبير البخاري هكذا أيضا . وقال الاكمل رحمه الله وقوله هو الإفضاء على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ ، وكأنه قال الكفيل والمال إن لم يكونا خلفين فالإفضاء إلى الاداء بوجودهما (باق) بخلاف ما إذا عدما . ويحوز أن يكون في الكلام لف ونشر . وتقريره فخلفه وهو الكفيل أو الإفضاء ، أي ما يفضي إلى الاداء وهو المال باق ، وعلى هذا يشترط في القدرة ، أما نفس القادر أو خلفه أو ما يفضي إلى الاداء وقد وقع في بعض النسخ إذ الإفضاء على وجه التعميل لقوله فخلفه ، وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذف لدلالة المذكورة عليه كما في قول الشاعر نحن بما عندنا وأنت بما عندك راض والرأي مختلف ، ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت ، لان رجاء الاداء منهما باق ، فإن الخلف ما به تحصل كفاية أمر الاصيل عند عدمه ، ومما كذلك فكانا خلفين انتهى .

قال ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاء الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال ، كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ، ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر ،

وقال شيخنا العلاء رحمه الله قوله إذا كان به كفيل ، أي إذا كان بالدين كفيل فخلفه باق ، وكذا إذا له مال فالتقضي إلى الاداء باق ، لانه يستوفي من المال فتحقق باقياً في أحكام الدنيا . وقوله فخلفه أي إذا كان له كفيل والافضاء إليه فيما إذا كان له مال باق إنتهى قلت هنا الكلفات كثيرة فالختصر من الكلام أن يقال فخلفه أي الكفيل أو الافضاء بالنظر إلى وجود المال وإعراب ما وقع في المتن أن قوله فخلفه مبتدأ . وقوله أو الافضاء إلى الاداء عطف عليه . وفي بعض النسخ بدون الالف . وقول باق خبر المبتدأ .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره) أي على الرجل بأمره وهو المديون (فقضاء الألف) أي ففضى الرجل الألف الكفيل (قبل أن يعطيه صاحب المال) أي قبل أن يعطي الألف صاحب المال وهو منصوب على أنه مفعول ثان للاعطاء (فليس له) أي للرجل المذكور وهو المكفول عنه (أن يرجع فيها) أي في الألف على تأويل الدراهم (لأنه) أي لأن الألف (تعلق به حق القابض) وهو الكفيل (على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال) يعني ما لم يبطل هذا الاحتمال بأداء الأصل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده ، لأن النفع الدفع إذا كان الفرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقياً كيلا يكون سعياً في نقض ما أوجبه .

وهذا (كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي) وهو المصدق الذي يتولى أخذ الزكاة فإنه ليس له أن يستردها ، لأن الدفع كان لفرض ، وهو أن يصير زكاته بعض الحول ، فما دام الاحتمال ليس له الرجوع (ولأنه) أي ولأن الكفيل (ملكه) أي الألف (بالقبض) وبه قال الشافعي رحمه الله في وجه . وقال في وجه لا يملكه وفي يده أمانة فيسترده قبل أداء الكفيل به ، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله (على ما نذكر)

بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده
وإن ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لأنه ملكه حين قبضه أما إذا
قضى الدين فظاهر ، وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق
الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ،

إشارة إلى قوله بعد خطين ، أما إذا قضى الدين فظاهر إلى آخره .

(بخلاف ما إذا كان الدفع) أى الدفع إلى الكفيل (على وجه الرسالة) يعني يرجع الأصل
على الكفيل بالمدفوع اليه (لأنه تمحض أمانة في يده) صورته أن يقول الأصل للكفيل
خذ هذا المال وادفع إلى الطالب ، فانه لا يصير ملكاً للكفيل ، بل هو أمانة في يده ،
ولكن لا يكون للمطلوب أن يسترده من يد الكفيل ، لأنه تعلق بالمؤدى حق الطالب
فالمطلوب بالاسترداد يريد إبطال ذلك فلا يقدر عليه ، لكنه لم يملكه لكونه إصابة .

(وإن ربح الكفيل فيه) أى في الألف المقبوض بأن تصرف فيه وربح (فهو له)
أى الربح له (لا يتصدق به) يعني لا يجب أن يتصدق به (لأنه ملكه حين قبضه)
والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة ، وإنما قلنا إن ملكه حين قبضه لان قضاء
الدين إما أن يحصل في الكفيل أو من الأصل ، فإن كان الأول فظاهر ، وهو معنى
قوله (أما إذا قضى الدين فظاهر) لانه قبض ما وجب له فيه فيملكه من حيث قبض ،
كمن قبض الدين المؤجل ممجلاً (وكذا) الحكم (إذا قضى المطلوب بنفسه) أى الأصل
أداء بنفسه حيث يملكه الكفيل (وثبت له حق الاسترداد لانه) أى لان الكفيل
(وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه) أى على الكفيل وقال الكاكي
رحمه الله وقيل على المكفول له ، لان الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا في الدين
ولكن ذكر في جامع الهبوبي وقاضي خان أن الدين وجب للطالب على الكفيل فيكون
الضمير في عليه راجعاً إلى الكفيل ، وفي المبسوط الكفالة توجب الدينين ديناً للكفيل
على الأصل وديناً للطالب ، لكن دين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء ، لأن له مطالبة
الأصل بعد الأداء ، ولهذا لو أخذ الكفيل من الأصل رهناً بهذا المال يصح بمنزلة ما لو
أخذ رهناً بدين مؤجل .

إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل .
ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح ، فكذا إذا قبضه
يملكه ، إلا أن فيه نوع خبث نبيته فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين

(إلا أنه) استثناء من قوله لأنه وجب له على المكفول عنه فعل ما وجب للطالب
عليه ، أى إلا أنه (أخرت المطالبة) أى مطالبة للكفيل الأصيل (إلى وقت الأداء)
أى أداء الكفيل (فنزل منزلة الدين المؤجل) أى نزل بناء على المكفول عنه الكفيل
منزلة الدين المؤجل (ولهذا) أى ولأجل تنزله منزلة الدين المؤجل (لو أبرأ الكفيل
المطلوب قبل أدائه) أى قبل أداء الكفيل للطالب (يصح) حتى لو لم يكن له الرجوع
بعد الأداء (فكذا إذا قبضه يملكه) أى فكذا إذا قبض الكفيل الدين يملكه ، وهذا
أيضاً يدل على أن الكفالة تقتضي دينين كما ذكرناه عن المبسوط .

(إلا أن فيه) أى في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء
وقد أدى الأصيل الدين (نوع خبث نبيته) أى نبين نوع الخبث ونبيته في مسألة الكفالة
بالكبر ، أو لأن نذكرها (فلا يعمل) أى الخبث (مع الملك فيما لا يتعين) كثير النقود
وقال الأثرأى رحمه الله هذا استثناء من قوله فهو له ولا يتصدق به ، فكأنه ذكره
جواباً لسؤال بأن يقال في هذا الربح نوع خبث ، فينبغي أن يتصدق به ، لأن حق المال
الخبث يتصدق به فأجاب عنه وقال لكن فيه نوع خبث مع الملك ، فلا يعمل الخبث
مع الملك فيما لا يتعين ، فلأجل هذا لم يؤمر بالتصدق . وذكر في شروح الجامع الصغير
هذا الفصل على وجهين فأما أن يدفع الأصيل إليه على وجه الرسالة ، أو على وجه
الاقتضاء ، وكل ذلك على وجهين ، أما إن كان الدفع مما لا يتعين بالتعيين كالنقود أو مما
يتعين كالعروض .

فلما دفع على وجه الرسالة بأن قال خذ هذا المال وادفع إلى الطالب لا يطيب الربح ،
سواء كان المدفوع مما لا يتعين أو يتعين في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ومحمد رحمه
الله ، لأن الخبث يثبت لعدم الملك ، لأن تصرفه وجد في غير ملكه فاستوى فيه الماء

وقد قررناه في البيوع . ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها
الكفيل فباعها وبيع فيها فالربح له في الحكم لما بينا أنه ملكه . قال
واحب إلي أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم ،
وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير . وقال أبو يوسف

لأن وان دفع على وجه الاقتضاء بأن قال الأصل الكفيل إني لا آمن أن يأخذ الطالب
حقه منك فإنا أقضيك قبل أن تؤدي طاب له الربح إذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود
لأنه ملكها بالقبض ، وإن كان المدفوع مما يتعين كغير النقود .

قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في رواية هذا الكتاب يستحب أن يرده على
الأصيل . وقال في كتاب الكفالة من الأصل يتصدق به . وقال في كتاب البيوع منه
يطيب له . وعند أبي يوسف ومحمد « رح » يطيب له ولا يرده ولا يتصدق به ، وقال فخر
الاسلام ويستوى في هذا أن أداء المطلوب إلى الطالب بنفسه أو أداء الكفيل (وقد
قررناه في البيوع) أى في آخر فصل أحكام البيع الفاسد .

(وإذا كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل) أى فقبض الكفيل الكر من
الأصيل فتصرف فيها (فباعها وبيع فيه فالربح له) أى الكفيل (في الحكم) أى في
القضاء (لما بينا أنه ملكه) أى أن الكفيل ملك الذى قبضه .

(قال) أى قال أبو حنيفة رحمه الله في الجامع الصغير لما روى محمد « رح » فيما إذا
كانت الكفالة بكر حنطة فقضاء الذى عليه الأصيل فباعه الكفيل فبيع فيه فإن الربح
له إلا أنه أحب إلى أن يدفعه إلى الذى قضاه ويرده عليه ولا أجبره على ذلك في القضاء
ونقل المصنف هذا بقوله (وأحب إلي أن يرده على الذى قضاه الكر ، ولا يجب عليه في
الحكم ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » فى رواية الجامع الصغير) أى ولا يجب الرد على
الذى قضاه في الحكم ، أى فى القضاء ، ثم أن المصنف رحمه الله لما نقل هذا عن
الجامع الصغير .

ثم قال المصنف رحمه الله (وقالوا هو له) أى وقال أبو يوسف ومحمد الربح له (ولا

ومحمد « روح » هو له ولا يردده على الذي قضاؤه وهو رواية عنه . وعنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له . وله أنه تمكن الخبث مع الملك اما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه ، أو لأنه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل ، فإذا قضاؤه بنفسه لم يكن راضياً به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصديق في رواية ويرده عليه في رواية ،

يرده على الذي قضاؤه الكر) وهذا لفظه في الجامع الصغير . وقال يعقوب ومحمد هو له ولا يردده على الذي قضاؤه الكر (وهو رواية عنه) أي قول أبي يوسف ومحمد رواية عن أبي حنيفة أيضاً وهو أن الربح للكفيل ولا يردده على الأصيل وهو رواية كتاب البيوع (وعنه أنه) أي أن الكفيل (يتصدق به) أي بالربح ، وهو رواية كتاب الكفالة . (لهما) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله (أنه) أي أن الكفيل (ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه) إشارة إلى قوله لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه (فيسلم له) أي فيسلم له الربح .

(وله) أي ولأبي حنيفة رحمه الله (أنه تمكن الخبث مع الملك) لأحد الوجهين ، أشار إلى الوجه الأول بقوله (إما لأنه) أي لأن الأصيل (بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه) أي يقضي الكر (بنفسه) فإذا كان كذلك كان الربح حاصلاً في ملك متروك بين أن يقر وأن لا يقر . ومثل ذلك قاصر . ولو عدم الملك أصلاً كان خبيثاً ، فإذا كان قاصراً تمكن فيه شبهة الخبث . وأشار إلى الوجه الثاني بقوله (أو لأنه) أي أو لأن الأصيل (رضي به) أي يكون المدفوع ملكاً للكفيل (على اعتبار قضاء الكفيل) الدين (فإذا قضاؤه بنفسه لم يكن راضياً به) فتمكن الخبث (وهذا الخبث) أي الخبيث الذي يكون مع الملك (يعمل فيما يتعين) كغير النقود (فيكون سبيله التصديق في رواية) عن أبي حنيفة رحمه الله (ويرده عليه) أي على الأصيل (في رواية) أخرى عن أبي حنيفة ، فإن رده على الأصيل فإن كان الأصيل فقيراً طاب له ، وإن كان غنياً ففيه روايتان في

لان الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لأن الحق له
قال ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين
عليه حريراً . ففعل فالشراء للكفيل والريح الذي ربح البائع فهو عليه
ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتابي
عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة

كتاب الغصب . قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير والأشبه أن يطيب له ، لأنه إنما
يرده عليه على أنه حقه (لأن الخبث لحقه) أي لحق الأصيل لا لحق الشرع (وهذا أصح)
أي الرد ، لأن يرد الريح على المكفول عنه أصح من القول بالتصدق (لكنه استحباب) أي
لكن الرد عليه مستحب ، لأن الملك لكفيل (لا جبر ، لأن الحق له) أي لا يجبر على
دفعه إلا أنه لما تمكن الخبث يستحب الدفع إليه ، بخلاف الريح في الغصب حيث يجبر
الغاصب على الدفع لأنه لا حق للغاصب في الريح .

وفي الكافي هذا إذ أعطاه على وجه القضاء ، أما لو أعطاه على وجه الرسالة فتصرف
فيه الرسول وربح لم يطب له الريح ، سواء كان ثمناً أو مما يتعين لأنه مودع والمودع إذا
تصرف في الوديعة وربح لم يطب له الريح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وطاب له عند
أبي يوسف رحمه الله لما عرف .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره
فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً) أي على الأصيل ، أي أمره أن يشتري له حريراً
بطريق العينة (ففعل) أي الكفيل (فالشراء للكفيل والريح الذي ربح البائع فهو
عليه) أي الريح على الكفيل (ومعناه) أي معنى قوله أن يتعين عليه حريراً (الأمر
ببيع العينة) يعني أمره أن يشتري حريراً بطريق العينة فعين ذلك بقوله (مثل أن
يستقرض من تاجر عشرة) أي يطلب من تاجر عشرة دراهم على سبيل القرض (فيتأبى
عليه) أي فيمتنع أن يقرضه عشرة (ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً
رغبة في نيل الزيادة) يعني طمعاً في الفضل الذي لا يناله المقرض بالقرض ويقول لا يتيسر

ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة سمي به لما فيه
من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الإعراض
عن مبرة الاقراض

لي القرض ثم يبيعه ثوباً (ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة) أى يتحمل
المقرض خمسة دراهم يحصل له عشرة دراهم ولرب الثوب خمسة دراهم بطريق البيع ،
هذا الذي ذكره المصنف رحمه الله في جملة صور العينة ومن صورها ما ذكره قاضي خان ،
وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثاً فيبيع صاحب الثوب بإثني عشر من
المستقرض ، ثم أن المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم ثم يبيع الثالث من المقرض
بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعها إلى المستقرض فتندفع حاجته ، وإنها خلا ثالثاً تحوزاً
عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن .

وفي فتاوى الكردي صورته أن يبيع المستقرض سلعة من المقرض بعشرة ويسلم إليه ،
ثم قال المستقرض يعني بإثني عشر فباعها جاز . وفي محيط السرخسي صورته باع متاعه
بالعين في المستقرض إلى أجل ثم بيعت متوسطاً ليشترى المتاع لنفسه بألف حالة ويقبضه ثم
يبيعه من البائع الأول بألف ، ثم يحيل المتوسط بآئنه على البائع الأول بالثمن الذي عليه
ويخرج من الوسط فيدفع البائع الأول ألفاً حالة إلى المستقرض ويأخذ منه ألفين عند حلول
الأجل وهذا المبيع جائز في الحكم فقال أبو يوسف رحمه الله لا يكره ، لأنه فعل ذلك
كثير من الصحابة « رض » ولم يعدوه من الربا .

وقال محمد هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال أى لها شبهة كأمثال الجبال اخترعه
أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله ﷺ فقال إذا تباعتم بالعينة واتبعتم أذناب البقر ذلتم
وظفر عليكم عدوكم . وفي رواية سلط الله عليكم شراركم فیدعوا خياركم فلا
يستجاب لكم وقيل إياك والعينة فإنها لعينة ، والمراد بآذناع أذناب
البقر الزراعة .

(سمي به) أي سمي هذا البيع ببيع العينة . وفي نسخة شيخنا سمي بعينه (لما فيه)
أى في بيع العينة (من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه) أى ببيع العينة
مكروه ، أما كراهة تحريم أو كراهة تنزيه على الاختلاف (لما فيه من الإعراض عن مبرة
الإقراض) المبرة إسم للبر . وقال الجوهرى البر خلاف العقوق والمبرة مثله تقول بررت

مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد ، لأن الحرير غير متعين ، وكذا الثمن غير معلوم لجهالة ما زاد على الدين ، وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح ، أى الزيادة عليه لأنه العاقد . قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له

والذي بالكسر أبره برأ فأنا بر به وبار ، وجمع البر الإبرار ، وجمع البار البررة . وروى المصدقة بعشرة والقرض ثمانية عشر (مطاوعة لمذموم البخل) يعني لأجل المطاوعة للبخل الذي هو مذموم ، وكان الكسر حصل من المجموع فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه . والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك وإلا لكانت المراجعة مكروهة .

(ثم قيل هذا ضمان) أى قوله أن يتعين عليه ضمان (لما يخسر المشتري نظراً) أي بالنظر (إلى قوله علي) بالتشديد ، لأن كلمة على الإلزام (وهو فاسد) أى الضمان بالخبران فاسد ، لأن الخسران ليس بمضمون على أحد الكفالة والضمان إنها يصح بما هو مضمون فلا يصح ضمانه ، كمن قال لآخر بائع في هذا السوق على أن كل وضیعة وخسران يصيبك فأنا ضامن به لك كان باطلاً ، كذا في جامع المحبوبي (وليس بتوكيل) لأنه لم يقل تعين لي ، بل قال تعين علي وهي ليست بكلمة وكالة .

(وقيل هو توكيل فاسد ، لأن الحرير غير متعين) إذ الحرير أجناس مختلفة (وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين) أى على قدر الدين . وقال الأكمل فإن قيل الدين معلوم والمأمور به هو مقداره ، فكيف يكون الثمن مجهولاً . أجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فإنه داخل في الثمن (وكيفما كان) سواء كان قوله تعين علي وكالة أو كفالة فاسدة (فالشراء للمشتري) بفتح الراء صح بكسر الراء (وهو الكفيل والربح أى الزيادة) أى الزيادة على الدين (عليه ، لأنه هو العاقد) .

(قال) أى قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن كفل عن رجل بما ذاب له)

عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي
البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم ولم
يقبل بيئته ، لأن المكفول به مال مقضى به ، وهذا في لفظة
القضاء ظاهر ، وكذا في الأخرى ، لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء
أو مال يقضى به ، وهذا ماض أريد به المستأنف كقوله أطال الله
بقاءك والدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح .

أى بما وجب وثبت له (عليه أو بما قضى له عليه) أى بما حكم له عليه من الحق (فغاب
المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم ولم يقبل
بيئته) أى بينة المدعي على الكفيل حق يحضر المكفول عنه فيقضى به عليه (لأن
المكفول به مال مقضى به) على الأصل لأن الكفيل التزم ما لا يقضى به في المستقبل ،
فما لم يقض به لا يجب شيء على الكفيل القضاء على الأصل ولم يوجد الشرط ولا يوجد
القضاء على الأصل بهذه البينة حال غيبته ، لأنه يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح
عندنا خلافاً للشافعي ومالك « رح » (وهذا في لفظة القضاء) وهو قوله أو بما قضى له
عليه (ظاهر) لدلالة ما قضى بصراحة عبارته .

(وكذا في الأخرى) وكذا ظاهر في المسألة الأخرى وهو قوله ما ذاب له عليه
لأنه يستلزم ذلك (لأن معنى ذاب تقرر) وهو بالقضاء وقد قلنا أنه مستعار من ذوب
الشحم (وهو) أي التقرر (بالقضاء) أى إنما هو بالقضاء والدعوى مطلق غير ذلك ،
فلا مطابقة بينهما (أو مال يقضى به) معطوف على قوله أو بما قضى له ، يعني كفيل
بمال يقضى به بعد الكفالة ، فلم توجد هذه الصفقة لا يكون كفيلاً به (وهذا ماض) أى
قوله ذاب أو قضى له ماض ، ولكن (أريد به المستقبل) وفي نسخة شيخنا أريد به
المستأنف ، أى يحمل لفظ الماضي بمعنى المستقبل (كقوله) أى كقول الداعي لشخص
(أطال الله تعالى بقاءك) فهو وإن كان ماضياً يراد به المستقبل (والدعوى مطلقة عن
ذلك فلا تصح) أي دعوى المدعي على الكفيل مطلقة عن ذلك ، حيث لم يتعرض لموجب المال

ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وإن هذا كفيل عنه بأمره فإنه
يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه . وإن كانت الكفالة
بغير أمره يقضى به على الكفيل خاصة وإنما تقبل لأن المكفول به
مال مطلق بخلاف ما تقدم

بعد الكفالة بل يحتمل أنه كان واجباً قبل الكفالة وذلك لا يدخل تحت الكفالة ففسدت
الدعوى فلم تسمع البينة ، حتى لو أقام البينة أنه وجب له على الغائب ألف درهم بعد عقد
الكفالة قبلت بينته ، كذا قالوا في شرح الجامع الصغير .

(ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وإن هذا كفيل عنه) أى عن فلان (بأمره)
أى بأمر فلان (فإنه) أى فإن المال الذى قامت به البينة (يقضى به على الكفيل وعلى
المكفول عنه) الذى هو الغائب (وإن كانت الكفالة بغير أمره) أى بغير أمر فلان
(يقضى به) أى المدعى (على الكفيل خاصة) يعنى دون الغائب (وإنما تقبل) إقامة
البينة حتى يقضى بالمال على الكفيل (لأن المكفول به مال مطلق) أى عن التوصيف
بكونه مقضياً به أو يقتضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة
لابتنائها على دعوى صحيحة .

(بخلاف ما تقدم) أى بخلاف المسألة المتقدمة وهي قوله ومن كفل عن رجل بما
ذاب له ... إلى آخره حيث لا يقبل بينة المدعى على الكفيل ، لأن ثمة المكفول به مال
مقيد وهو ما يجب على الكفيل بعد عقد الكفالة ودعوى المدعى وقعت مطلقة لم يترضى
لذلك ففسدت الدعوى فلم تقبل .

ثم اعلم أن فائدة القضاء على الكفيل وعلى المكفول عنه أنه لو حضر المكفول عنه
لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه ، لأنه لما أثبت الكفالة على الحاضر بأمر الغائب وقضى
القاضي بذلك ثبت أمر الغائب بالكفالة عنه وثبت إقراره بالدين وانتصب الحاضر خصماً
عن الغائب ، بخلاف ما إذا أقام البينة على أنه كفيل بغير أمر الغائب ثبتت الدين على
الكفيل خاصة ولا يثبت على الغائب شيء لأنه لما لم يثبت الأمر من الغائب لم يتعد القضاء
إليه ، كذا قال الإمام الزاهد العتاي .

وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران لأن الكفالة بأمر تبرع
ابتداءً ومعاوضة انتهاءً ، وبغير أمر تبرع ابتداءً وانتهاءً ، فبدعواه
أحدهما لا يقضى له بالآخر . وإذا قضى بها بالأمر ثبت أمره وهو
يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليه والكفالة بغير أمره
لا تمس جانبه لأنه يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا
يتعدى إليه . وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الأمر .
وقال زفر « رح ، لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه

(وإنما يختلف) أي حكم القاضي بالرجوع على الأصل (بالأمر وعدمه لأنهما) أي
لأن الكفالة بأمره والكفالة بغير أمره (يتغايران ، لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداءً
ومعاوضة انتهاءً وبغير أمر تبرع في الحالين (١)) أي في الابتداء والانتهاء (فبدعواه
أحدهما) أي أحد عقدي الكفالة (لا يقضى له بالآخر) لأن ذلك غير مشهور به (وإذا
قضى بها) أي بالكفالة (بالأمر ثبت أمره) أي أمر الأصل وهو الأمر بالكفالة
(وهو) أي الأمر بالكفالة (يتضمن الإقرار بالمال) لأنه لا يأمر الكفيل بأن يؤدي عنه
إلا إذا كان مقرراً بالمال (فيصير مقضياً عليه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه) أي
جانب المكفول عنه (لأنه) أي لأن الأمر أو الشأن (يعتمد صحتها) أي صحة الكفالة
(قيام الدين) ولفظ صحتها مرفوع بقوله يعتمد . وقوله قيام الدين بالنصب مفعول (في
زعم الكفيل) لأن المرء يؤاخذ بزعمه والزم بفتح الزاي وهو لغة أكثر القراء في قوله
تعالى ﴿ هذا لله بزعمهم ﴾ ١٣٦ الانعام ، وقرأ الكسائي بالضم (فلا يتعدى إليه) أي
إلى المكفول عنه ، لأنها لم تكن بأمره فلم يمس جانبه .

(وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الأمر . وقال زفر لا يرجع) أي
الكفيل على الأصل (لأنه) أي لأن الكفيل (لما أنكر فقد ظلم في زعمه) يعني أن

(١) ابتداءً وانتهاءً - هامش .

فلا يظلم غيره . ونحن نقول صار مكذباً شرعاً وبطل ما في زعمه .
قال ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لأن
الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في
نقض ما تم من جهته وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام
البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة

الكفيل لما أنكر بزعم أن الطالب ظلمه (فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذباً شرعاً)
لأن القاضي لما قضى عليه فقد أكذبه فيما زعمه (فبطل ما في زعمه) كمن اشترى شيئاً
وأقر أن البائع باع ملكه ثم استحقه آخر بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالثمن على
البائع ، كذا ذكره شمس الأئمة وقاضي خان .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك) الدرك عبارة
عن قبول ثمن الدار عند استحقاق الدار وضمان الدرك صحيح بإجماع الفقهاء وهو
المنصوص عن الشافعي . وأخرج أبو العباس الشافعي قولاً آخر أنه لا يصح (فهو) أى
فضمان الدرك (تسليم) من الكفيل وتصديق بأن البائع باع ملك نفسه والمسألة في الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يبيع الدار ويكفل رجل
للمشتري بما أدركها من أدرك ثم جاء الكفيل يدعيها قال كفالة تسليم للبيع ، فإن
شهد على البائع وختم لم تكن شهادته وختمه تسليمًا للبيع ، إلى هنا لفظ
محمد فيه .

قال المصنف (لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتامه) يعني لو باع بشرط
الكفالة كان تمام البيع متعلقاً (بقبوله) أى بقبول الكفيل فصار كأنه هو الموجب للعقد
ولا يصح دعواه بعد ذلك ، وهو معنى قوله (ثم بالدعوى) بعد ذلك (يسمى في نقض
ما تم من جهته) فلا يحوز ذلك (وإن لم تكن) أى الكفالة (مشروطة فيه) أى في
البيع (فالمراد بها) أى بالكفالة (أحكام البيع) بكسر الهمزة ، أى اتقانه (وترغيب
المشتري فيه) أى في البيع (إذ لا يرغب) المشتري (فيه دون الكفالة) خوفاً من

فنزول منزلة الإقرار بملك البائع . قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليمًا وهو على دعواه ، لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي إقراراً بالملك ، لأن البيع مرة يوجد من المالك وثارة من غيره ، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم ، قالوا إذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو بيعاً باتاً نافذاً وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين

الاستحقاق (فنزول منزلة الإقرار بملك البائع) أى بمنزلة قوله اشتر هذه الدار ولا قبالي فإنها ملك البائع . ومن أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك ، وإنما قال ينزل منزلة الإقرار لأنه يؤول إليه في المعنى .

(قال) أى محمد « رح » (ولو شهد) أى لو شهد الشاهد على بيع الدار (وختم) شهادته بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحته رصاص مكتوباً ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل ، كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني « رح » . وقال الكاكي « رح » قيل لفظ ختم وقع اتفاقاً باعتبار عادة العرب ، وهذا عرف زمانهم ، أما زماننا هذا العرف لم يبق (ولم يكفل لم يكن تسليمًا ، وهو على دعواه ، لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع) لعدم الملازمة (ولا هي) أى الشهادة (إقراراً بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وثارة من غيره ، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم) من ضمان الدرك ، فإنه إقرار بالملك .

(قالوا) مشايخنا (إذا كتب في الصك باع) فلان (وهو) أى والحال أنه (يملكه أو بيعاً باتاً) أى أو باع بيعاً باتاً (نافذاً وهو) أى الشاهد (كتب شهد بذلك فهو تسليم) فلا تصح دعواه (إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين) فإنه ليس بتسليم وإن كان المكتوب فيما يدل على الصحة والنفاد .

فصل في الضمان

قال ومن باع لرجل ثوباً وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل ، لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه ، ولأن المال أمانة في أيديهما

(فصل في الضمانات)

أى هذا فصل في بيان الضمان ، والضمان والكفالة بمعنى واحد ، ولكن لما كان هذا الفصل في مسائل الجامع الصغير ، ووردت فيه بلفظ الضمان فلذلك فصلها لتغاير في اللفظ ، ولهذا سمي أكثر الفقهاء باب الكفالة باب الضمان .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن باع لرجل ثوباً وضمن له الثمن) أى باع لأجل رجل ثوباً وضمن البائع للآخر الثمن . صورته في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يعطي الرجل ثوباً لبيعه بعشرة ففعل ثم ضمن البائع الثمن للأمر قال الضمان باطل (أو مضارب ضمن ثمن المتاع ^(١)) أى أو باع مضارب من المتاع شيئاً وضمن لرب المال (فالضمان باطل) في الصورتين (لأن الكفالة التزام المطالبة وهي) أى المطالبة (إليهما) أى إلى الوكيل والمضارب أو حقوق العقد يرجع إلى العاقد فاختصت المطالبة به ، فلو صح الضمان منهما (فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه) وأنه لا يجبر بحور ، بخلاف الوكيل بالنكاح ، فإن ضمن المهر من الزوج يصح ، لأنه سفير ، ولهذا لا يلي قبض المهر فلا يصير ضامناً لنفسه ، كذا ذكره المرغيناني والحبوبي وعلى قياس من قول الأئمة الثلاثة ينبغي أن يصح هذا الضمان ، لأن للموكل ولاية مطالبة الثمن فلا يكون ضامناً لنفسه كما في النكاح .

(ولأن المال) هذا وجه آخر في تعليل المسألتين المذكورتين وهو أن المال (أمانة في أيديهما) أى في يد الوكيل والمضارب والأمين لا يكون ضميناً (والضمان تغيير لحكم

(١) ثمن متاع رب المال - هامش .

والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير، وكذا رجلان باعاً عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامناً لنفسه . ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك . بخلاف ما إذا باعاً بصفقتين لأنه لا شركة ، ألا ترى أن المشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن

(الشرع) لأنه يناقضه (فيرد عليه) أي على الضامن (كاشتراطه) أي كاشتراط الضمان (على المودع) بفتح الدال (والمستعير) فإنه لا ضمان عليهما شرعاً ، فاشتراطه يكون تغييراً للمشروع فلا يجوز ، وكمن عليه السهو إذا سلم بنية قصد الخروج يرد عليه ولا يخرج حتى كان له أن يعود إلى سجدة السهو ، وكمن نذر أن يصوم غداً وعليه قضاء رمضان يجوز له صوم القضاء فيرد عليه نية تعيينه الغد لصوم النذر لأنه تغيير المشروع وهو صلاحية الغد لصوم القضاء .

(وكذلك) أي وكذلك لا يصح الضمان إذا كان (رجلان باعاً عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن ، لأنه لو صح الضمان مع الشركة) أي مع بقاء الشركة الشائعة (يصير ضامناً لنفسه) لأن ما من جزء من الثمن إلا وهو مشترك بينهما (ولو صح) أي الضمان (في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه) حيث امتاز نصيب أحدهما والدين لا يحتمل القسمة قبل القبض ، لأن القسمة إفرار ، والإفرار يتحقق في الأعيان لا في الأوصاف والدين وصف ، ولأن في القسمة معنى التمليك ، وتلك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ، كذا في جامع قاضي خان (ولا يجوز ذلك) أي قسمة الدين قبل قبضه .

(بخلاف ما إذا باعاً) عبداً (بصفقتين) بأن ممي كل واحد منهما لنفسه ثمناً ثم ضمن أحدهما الآخر صح ضمانه (لانه لا شركة) إذ نصيب كل منهما ممتاز عن نصيب الآخر (ألا ترى) توضيح لما قبله (أن المشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا

حصته وإن قبل الكل . قال ومن ضمن عن آخر خواجه ونوائبه وقسمته

نقد ثمن حصته وإن قبل الكل (أى وإن قبل المشتري الكل بكلام واحد .
(قال) أي محمد د رح ، في الجامع الصغير (ومن ضمن عن آخر نوائبه وخواجه)
جمع نائبه . واختلف المشايخ فيه قال بعضهم المراد منه ما يكون بحق كأجر الحارس
وكري نهر العامة ، وانه دين وسمى نائبه . وقال بعضهم هو ما يحتاج الامام إليه نحو
تجهيز المقاتلين ، وكفداء الاسارى بأن لا يكون في بيت المال شيء فيوظف ما على الناس
فيجوز ذلك فيجب اداؤه على كل موسر نظراً للمسلمين فضمن إنسان قسمة صاحبه أي
نصيبه من ذلك يجوز ، وأما النوائب التي يوظفها السلطان على الناس كالجبايات في زماننا
بسبيل الظلم فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تصح الكفالة بها لانه لا دين عليه فلا
تصح . وقال بعضهم يصح حتى إذا أدى بعدما ضمن بأمره يرجع عليه ، لان العبرة في
الكفالة لتوجه المطالبة حساً فكان بمنزلة دين واجب ، وإليه ذهب فخر الاسلام
البزدوي . وأما النوائب الكبرى الداهية الدهيا التي هي المكس فهي حرام قطعاً فلا
تجوز الكفالة بها ولا التصرف فيها بوجه من الوجوه أصلاً وقد بين الشارع صاحب
المكس (وقسمته) .

قال الفقيه أبو الليث السمرقندي رحمه الله ذكر عن أبي بكر بن أبي سعيد أنه قال
وقع هذا الحرف غليظاً لأنه لا معنى له ، يعني أن القسمة مصدر والمصدر فهو الفعل غير
مضمون ، وكان الفقيه أبو جعفر يقول معناه إذا طلب أحد الشريكين القسمة من صاحبه
وامتنع صاحبه من ذلك ، فإن القسمة واجبة عليه ، فإذا ضمن إنسان ليقوم مقامه في
القسمة يجوز ذلك ، لأنه ضمن شيئاً مضموناً وهو يقدر على ذلك ، يعني على إيفائه . وقال
بعضهم منهم فخر الإسلام البزدوي يحتمل أن يكون المراد بالقسمة ما وظف عليه من
النوائب الراتبية كأجرة الحارس ونحوها . وقيل القسمة تجيء بمعنى النصيب ، قال الله
تعالى ﴿ ونبتهم أن الماء قسمة بينهم ﴾ ٢٨ القمر ، والمراد النصيب . وقال بعضهم معناه
إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه . قال الأكمل فتكون الرواية على هذا

فهو جائز . أما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل ، ولهذا لا تؤدي بعد موته من تركته إلا بوصيته . وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق . وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ « رح » ومن يميل إلى الصحة الإمام علي البزدوي .

قسمة بالضمير لا بالتاء . (فهو جائز) جواب عن قوله ومن ضمن . (أما الخراج) هذا مشروع في بيان قول محمد « رح » في الجامع وهو الذي ذكره أولاً بقوله ومن ضمن إلى آخره (فقد ذكرناه) أي قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة في الخراج بلا خلاف (وهو يخالف الزكاة لأنها) أي لأن الزكاة (مجرد فعل) وهو تملك المال من غير أن يكون ديناً . وفي الفوائد الظهيرية الخراج دين كسائر الديون ، كأنه أراد به الموظف يخالف الزكاة في الأموال الظاهرة حيث لا يجوز الضمان لها ، لأن الواجب جزء من النصاب وهو غير مضمون ، بدليل أنه لو هلك لا يضمن شيئاً والكفالة بأعيان غير مضمونة باطلة (ولهذا) أي ولأجل كون الزكاة مجرد فعل (لا تؤدي بعد موته) أي بعد موت من عليه الزكاة (من تركته إلا بوصيته) منه وقد عرف في موضعه . (وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك وأجرة الحارس والموظف) من جهة الامام (لتجهيز الجيش) عند خلو بيت المال (وفداء الأسارى) وهو تخليصهم من الأسر من أيدي الكفرة (وغيرها) كإطفاء النائرة (جازت الكفالة بها) أي من النوائب بالحق (بالاتفاق) بين أصعابنا وغيرهم من الفقهاء (وإن أريد بها) أي من النوائب (ما ليس بحق) بل لظلم من الملوك الظلمة (كالجبايات) وهي الصادرات (في زماننا ففيه اختلاف المشايخ) وقد ذكرناه عن قريب مفصلاً (ومن يميل إلى الصحة) أي صحة الكفالة بها (الامام علي البزدوي) وهو فخر الاسلام علي بن محمد بن الحسين

وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها والرواية بأو ،
وقيل هي النائبة الموظفة الراقبة ، والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب
والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة إلى شهر ، وقال المقر له
هي حالة فالقول قول المدعي . ومن قال ضمننت لك عن فلان مائة
إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن

ابن عبد الكريم النسفي لا أخاه صدر الإسلام محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم
النسفي وعبد الكريم هذا كان تلميذ الشيخ الإمام أبي منصور محمد بن محمد بن محمود
المازدي السمرقندي .

(وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها) أي أو حصة الرجل من
النوائب ، يعني إذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة يكتري النهر المشتري فأصاب
واحدأ شيء من ذلك فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع . قيل ولكن كان ينبغي
أن يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في
قوله عز رجل « من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال » ٩٨ البقرة . قال
المصنف (والرواية بأو) أي بكلمة أو على تقدير أن تكون القسمة حصة من النوائب ،
لأن القسمة إذا كانت حصة منها فهو محل أو ، أما إذا كانت هي النوائب بعينها فهو
محل الواو .

(وقيل هي النائبة الموظفة الراقبة) أي المقاطعات الديوانية في كل شهر أو ثلاثة
أشهر ، كذا في الفوائد الظهيرية ، وفسروها في شروح الجامع الصغير بأجرة الحارس
ونحوها (والمراد بالنوائب) أي بالنوائب المذكورة أولاً (ما ينوبه غير راتب) أي ما
ينوب الشخص مما هو غير متعارف ولا موظف (والحكم ما بيناه) يعني جواز الكفالة فيما
كان بحق بالإتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق .

(ومن قال لآخر لك علي مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي) وهذه
والتي بعدها من مسائل الجامع الصغير ، وهي قوله (ومن قال ضمننت لك عن فلان مائة
إلى شهر ، وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن) أي في ظاهر الرواية . وقال

ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين ، لأنه لا دين عليه في الصحيح ، إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ، ولأن الأجل في الديون عارض حتى لا يثبت إلا بشرط ، فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار .

قاضي خان في شرح الجامع الصغير قال الشافعي القول قول المقر في الفصلين على ما يجيء .

(ووجه الفرق) بين المسألتين (أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل) والمقر له ينكر ذلك فالقول قول المنكر في الشرع (وفي الكفالة ما أقر) أي الكفيل (بالدين لأنه لا دين عليه في الصحيح) من الجواب ، ولهذا لو أقر بدين الطالب الكفيل فرده الكفيل لا يرتد برده فلم أن لا دين عليه (إنما أقر بمجرد المطالبة بمدة الشهر) والمكفول له يدعي حق المطالبة لنفسه في الحال ، والضامن ينكر ذلك القول فالقول للمنكر .

فإن قيل فعلى هذا التقدير تتمطل الكفالة عن موجبها وهو إلزام المطالبة ، فينبغي أن لا يكون القول للضامن . قلنا لا تتمطل ، لأن التزام المطالبة إما للحال أو في المستقبل ، وقد وجد منها التزام المطالبة في المستقبل ، فكانت صحيحة ، إليه أشار في الفوائد الظهيرية .

(ولأن الأجل في الديون عارض) هذا بيان فرق آخر ذكره لمن له زيادة استكبار في الاستقضاء ، لأن الفرق الأول اقناعي جدلي لدفع الخصم في المجلس ، ومبنى هذا الفرق على ما لا يثبت لشيء إلا بشرط لم يثبت له ذلك ، فكان عارضا . والأجل في الديون بهذه المثابة (حتى لا يثبت إلا بالشرط) لأن ثمن البياعات والمهور وقيم التلغات حالة لا يثبت الأجل إلا بالشرط (فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار) إذا ادعى أحد المتعاقدين خيار الشرط وينكر الآخر فالقول لمنكر الشرط مع اليمين .

أما الأجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط إن كان مؤجلاً
على الأصيل . والشافعي «رح» ألحق الثاني بالأول . وأبو يوسف «رح»
فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني . والفرق قد أوضحناه . قال ومن
اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل
حتى يقضي له بالثمن على البائع ،

(أما الأجل في الكفالة فنوع منها) أي نوع من الكفالة ، يعني أن الكفالة المؤجلة
أحد نوعي الكفالة (حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلاً على الأصيل) لأن الأجل
في الكفالة ذاتي ، فإذا كان ذاتياً كان إقراره نوع منها فلا يحكم بغيره ، فكان
القول قوله .

(والشافعي ألحق الثاني بالأول . وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني) هكذا
وقع في عامة النسخ وليس بصحيح ، بل الصحيح عكسه ، فإن الشافعي ألحق الأول
بالثاني . وأبو يوسف ألحق الثاني بالأول وذلك لأن الشافعي قال القول للمقر في الفصلين
جميعاً ، وبيانه أن الشافعي ألحق الإقرار بالدين بالإقرار بالكفالة ، حيث صدق المقر بالدين
المؤجل كما صدقنا المقر بالكفالة وأبو يوسف ألحق الإقرار بالكفالة المؤجلة بالإقرار بالدين
المؤجل حيث لم يصدق المقر فيها جميعاً .

وفي الكافي ما ذكر في الهداية أن الشافعي ألحق الثاني بالأول مشكل ، لأن مذهبه
على عكسه فيحتمل أن يكون له قولان أو لفظه المصنف الشافعي ألحق الأول بالثاني ،
وأبو يوسف الثاني بالأول ، وهكذا في شرح البزدوي الظهيري وقع من المكاتب . وقال
الأكمل رحمه الله فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منها . ومنهم من حمله
على الغلط ولعله أظهر (والفرق) بين المسألتين (قد أوضحناه) عند قوله ووجه الفرق
أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه ... إلى آخره .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن اشترى جارية فكفل له رجل
بالدرك) وتفسير الدرك مر (فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضي له بالثمن على البائع ،

لأن بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الأصيل رد الثمن، فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية، لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل، وعن أبي يوسف «رح» أنه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق، وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الأصل.

لأن بمجرد الاستحقاق (أي القضاء بالاستحقاق والقضاء بالمبيع للمستحق) لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع (لأن احتمال الإجازة ثابت ، أي لأن احتمال إجازة المستحق البيع ثابت) فلم يجب له على الأصيل رد الثمن ، فلا يجب على الكفيل (لأن الكفالة محل للضمان عن غيره فلم يقض على الأصيل ، لأنه قد يجب التحمل على الكفيل ، وإنما قيد بقوله في ظاهر الرواية احترازاً عن رواية الأماي . قال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع قال أبو يوسف في الأماي له أن يأخذ الكفيل قبل أن يقضي على البائع ، وهو رواية عن أبي حنيفة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

(بخلاف القضاء بالحرية ، لأن البيع يبطل بها) حيث ينتقض البيع بمجرد القضاء بها (لعدم المحلية) أي محلية البيع (فيرجع) أي المشتري (على البائع والكفيل ^(١)) أي وعلى الكفيل أيضاً إن شاء (وموضعه) أي موضع هذا (أوائل الزيادات في ترتيب الأصل) أراد بترتيب الأصل المحلية ، أي ترتيب محمد رحمه الله فإنه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفاً لترتيب سائر الكتب ثم كما بدأ أملى به أبو يوسف ، فان محمداً أخذ ما أملى أبو يوسف باباً باباً وجعله أصلاً وزاد عليه من عنده ما يتم به قملك الابواب ، فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف وزيادته من تصنيف محمد ، فلذلك سماه كتاب

(١) وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق ، فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق - هامش .

ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل ، لأن هذه
اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح
ضمانه ، وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار

الزيادات . وكان ابتداء إملاء أبي يوسف في هذا الكتاب من أبواب المأذون ولم يغيره محمد
تبركاً به ، ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي عليه اليوم ، والزعفراني هذا
تلميذ محمد بن الحسن .

(ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) هنا ثلاث مسائل ،
ضمان العهد وضمان الدرك وضمان الخلاص . فضمان الدرك جائزة باتفاق أصحابنا ،
وضمان العهد باطل عندهم بالإتفاق ، وضمان الخلاص باطل عند أبي حنيفة وجائز
عندهما . وأما ضمان العهد فقد ذكر في الجامع الصغير أنه باطل ولم يحك خلافاً ، وذكر
بعض مشايخنا أن عند أبي حنيفة ضمان العهد ضمان الدرك .

وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهد
واحد عند أبي يوسف ومحمد « رح » وهو الرجوع بالثمن على البيع عند الاستحقاق ،
وبه قالت الأئمة الثلاثة . وعند أبي حنيفة شرط .

وفي تفسير الصك الاصل الذي كان عند البائع يشترط أن يسلمه إليه ، وهذا
شرط لا يفرضه العقد أو لاحد المتعاقدين فيه منفعة فكان باطلا والضمان به باطل أيضاً ،
لأنه التزام شيء لا يقدر عليه (لأن هذه اللفظة) أي لفظة العهد (مشتبهة) في المراد
لاشراكها فلا يجب العمل به قبل البيان لأنها (قد تقع) أي قد تطلق (على الصك
القديم) لأنه وثيقة بمنزلة كتاب العهد فسمى عهدة لأنه (وهو) أي الصك القديم (ملك
البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد) لأن العهد أخذت من العهد والعهد العقد سواء
(وعلى حقوقه) أي وقد تقع هذه اللفظة على حقوق العهد ، لأنها من ثمرات العقد (وعلى
الدرك) أي وقد يقع على الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام (وعلى الخيار) أي خيار الشرط
(ولكل ذلك وجه) يجوز الحمل به عليه فصار بهما (فتمعذر العمل بها) قبل البيان
فيبطل الضمان للجهالة .

ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها، بخلاف الدرك لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً . ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة ، لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة ، وهو غير قادر عليه . وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فيصح .

(بخلاف الدرك) حيث يصح ضمان الدرك (لانه) أي لان ضمان الدرك (استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً) فيصح .

(ولو ضمن الخلاف لا يصح عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد في رواية واختاره القاضي الحنبلي (لانه) أي لان ضمان الخلاص (عبارة عن تخليص المبيع) عن الاستحقاق (وتسليمه) أي وتسليم المبيع إلى المشتري (لا محالة وهو غير قادر عليه) لان المبيع إذا خرج حراً أو مستحقاً كيف يخلصه .

(وعندهما) أي وعند أبي يوسف ومحمد « رح » (وهو) أي ضمان الخلاص (بمنزلة الدرك) أي بمنزلة ضمان الدرك (وهو تسليم المبيع) وهو أن يشترط على البائع أن المبيع إن استحق من يده يخلصه (أو قيمته) أو أن يسلم قيمة المبيع إن عجز عن تسليم المبيع ، فإذا كان كذلك (فيصح) أي ضمان الخلاص ، هذا الذي ذكره المصنف ، ذكره المحبوبي في جامعهم وقاضي خان .

وقال شمس الأئمة تفسير شرط الخلاص أن يشترط على البائع أن المبيع إن استحق من يده يخلصه ويسلمه بأي طريق يقدر عليه وهذا باطل لانه شرط لا يقدر على الوفاء به ، إذ المستحق ربما لا يساعده عليه ، ولهذا ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف « رح » كانا يكتبان في الشروط فما أدرك فلان ابن فلان قبل فلان خلصه أورد الثمن ، وإن لم يذكر رد الثمن يفسد البيع لانه يبقى الضمان بتخليص المبيع ، وإنه باطل علم من هذا أن الخلاف فيما إذا ذكر ضمان الخلاص مطلقاً . أما إذا ذكر بخلاص المبيع أو رد الثمن يعجز بالإجماع والله أعلم .

باب كفالة الرجلين

وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة ، لأن كل واحد منهما في النصف أصيل ، وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصاله وبحق الكفالة ، لأن الاول دين والثاني مطالبة ، ثم هو تابع للاول

(باب كفالة الرجلين)

أي هذا باب في بيان حكم كفالة الرجلين ، ولما ذكر كفالة الواحد عقبه بكفالة الاثنين ، إذ الإثنان بعد الواحد وجوداً ، وكذا ذكراً .

(وإن كان الدين على الاثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه) أي لرب الدين ، وهذا لفظ القدوري في مختصره . وذكر المصنف نظير الدين الكائن على اثنين من الجامع الصغير بقوله (كما إذا اشتريا) أي الإثنان (عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه) لما ذكر ، هذا من الجامع أتم لفظ القدوري بقوله (فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) هذا جواب المسألتين ، ثم عللها بقوله (لأن كل واحد منهما في النصف أصيل ، وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصاله وبحق الكفالة ، لأن الاول دين) الاول هو الاصاله وهو دين ، لأنه أداء بحقيقة الدين .

(والثاني) هو حق الكفالة (مطالبة) لأن ما عليه بطريق الكفالة من ثمرات الدين وهو المطالبة (ثم هو) أي الثاني وهو المطالبة بالدين بالكفالة (تابع للاول) أي الدين .

فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع
في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه ، لان أداء
ثأبه كأدائه فيؤدي إلى الدور . وإذا كفل رجلان عن رجل بمال
على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما

وفي المحيط الدين أقوى من المطالبة ، الا ترى ان الطالب يملك إخراجه عن المطالبة ولا
يملك في حق ما لزم الأصل ، فلما لم يستويا في القوة لم تثبت المعارضة (فيقع عن الاول)
أي عن حق الأصالة لأنه أقوى ، لأن الأصل فرق التسب .

(وفي الزيادة) أي على النصف (لا معارضة) لأنه لم يبق معارضة الأصل (فيقع عن
الكفالة) فيرجع فيما أدى فيما وراه النصف (ولأنه) دليل آخر على ذلك أورده بقياس
الخلف ، فإنه جعل تقيض المدعي وهو الرجوع على صاحبه مستلزماً للحال وهو رجوع
صاحبه عليه المستلزم للدور فإنه قال (لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه
فلصاحبه أن يرجع عليه) فلصاحبه ، لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لأنه يؤدي إلى
الدور فلم يرجع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه .

وقوله (لأن أداء ثأبه كأدائه) بيان للملازمة ، وتقريره أن صاحب المؤدي يقول له
أنت أدبت عني بأمر فيكون ذلك كأدائه . ولو أدبت بنفسك كان لي أن أجعل
المؤدي عنك ، فإن رجعت علي وأنا كفيل عنك قائماً أجمله عنك فارجع عليك ، لأن
ذلك الذي أدبته عني فهو كأداء في التقدير .

ولو أدبت حقيقة رجعت عليك ففي تقدير أداء كذلك والشريك الآخر يقول مثل
ما قال (فيؤدي إلى الدور) ولم يكن في الرجوع فائدة فجعلنا المؤدي عن نصيبه خاصة
إلى تمام النصف لينقطع الدور ، بخلاف الزيادة على النصف ، فإنه لو رجع على شريكه
بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه ، إذ ليس على شريك بحكم الأصالة إلا النصف ،
فيفيد الرجوع .

(وإذا كفل الرجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل

رجع على صاحبه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً . ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر ، وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل ، وكما تصح الحوالة من المحتال عليه وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض ، بخلاف ما تقدم

شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً ، ومعنى المسألة في الصحيح (قال تاج الشريعة قوله في الصحيح ، أي كفل كل واحد منهما مجموع الدين لرب الدين ثم صار كل واحد كفيلاً عن صاحبه يجمع المال . وقال الاكمل وإنما قال في الصحيح لتتأني الفروع المبنية على ذلك فإنه قال على الاصيل ... إلى آخره ، على ما يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى .

وقال الكاكي وإنما قال في الصحيح لانه لو جعل كل واحد منهما كفيلاً بالنصف لما صح النصف الذي يأتي (أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة) لان كل واحد من الكفيلين مطالب من جهة الاصيل ، ومطالبة بالكل أيضاً من جهة الكفيل (فيجتمع الكفالتان) فتعددت المطالبتان لتعدد الكفالتين (على ما مر) إشارة إلى أن الكفالة التوثق ، وعند اجتماع الكفالتين يزداد التوثق (وموجبها) أي موجب الكفالة (إلزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل ، وكما تصح الحوالة من المحتال عليه) أي كما تصح حوالة المحتال عليه بما اجعل عليه على آخر ، والجامع بينها التزام ما وجب .

(وإذا عرف هذا) أي الذي ذكرناه (فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة) فيقع شائعاً (فلا ترجيح للبعض على البعض) لان الكل كفالة (بخلاف ما تقدم) أي في المسألة الاولى حيث لا يرجع صاحبه على صاحبه ما لم يزد على النصف ،

فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور ، لان قضيته الإستواء
وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر
عليه ، بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه
أحدهما بنفسه والآخر بنائبه ، وإن شاء رجع بالجميع على المكفول
عنه لانه كفل بجميع المال عنه بأمره . قال وإذا أبرأ رب المال
أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان إبراء الكفيل لا يوجب براءة

لان أداء النصف كان بحق الاصاله والنصف الآخر بحق الكفالة (فيرجع على شريكه
بنصفه ولا يؤدي إلى الدور ، لان قضيته عقد الكفالة الاستواء) الإستواء بهما في العلة
وهي ضمان الكفالة ، فلما كان كذلك كان لمن أدى ولاية الرجوع على صاحبه بنصف ما
أدى ، لانه مستو لصاحبه في التزام يجهته فوجب أن يستويا في العزم بسببه .

(وقد حصل) أي الإستواء (برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع
الآخر عليه) لانه لو رجع الشريك على هذا المؤدى ما بقيت المساواة (بخلاف ما تقدم)
لان كل واحد منهم لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه
بكفالة . ولو لم يكن عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي إلى الدور كما تقدم .
(ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه) وهو صاحبه
الذي كفل عنه (وإن شاء رجع) عطف على قوله رجع شريكه بنصفه قليلا كان أو
كثيراً ، أي وإن شاء من أدى فيهما شيئاً رجع (بالجميع) أي بجميع ما أدى (على
المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بأمره) ولو كان أحدهما كفيلا عن المكفول فقط
لم يكن له رجوع على الاصيل .

(قال) قيل الظاهر أن قائله محمد . قلت الظاهر أن قائله المصنف لان المسألة ما
ذكرها إلا شراح الصغير . وقال الاترازي قالوا في شروح الجامع الصغير (وإذا أبرأ رب
المال أحدهما) أي أحد الكفيلين (أخذ الآخر) أي الكفيل الآخر (بالجميع) أي
بجميع الدين (لان إبراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل ،

الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بـكله على ما بيناه ، ولهذا يأخذه به . قال وإذا افترق متفاوضان فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الديون ، لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة . ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفاة الرجلين . قال وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه .

والآخر كفيل عنه بـكله (أي بكل الدين فيطالب بذلك (على ما بيناه) إشارة إلى قوله وبالكل عن الشريك (ولهذا) أي ولاجل بقاء المال كله على الاصيل (يأخذه به) أي يأخذ رب المال الكفيل الذي لم يبرأ به بجميع الدين .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا افترق المتفاوضان) أي شريكا المتفاوضة وعليهما دين (فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين ، لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة) أي المتفاوضة شركة عامة تبتنى على التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان من أعمال التجارة ، وعلى الكفاة بما كان من ضمان التجارة (ولا يرجع أحدهما) أي أحد المتفاوضين (على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفاة الرجلين) في مسألة أول الباب .

(قال) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال كاتبكما على ألف إلى سنة قيد بالكفاة الواحدة ، لأن المولى إذا كاتب كل واحد منهما على حده وكفل أحدهما على الآخر لا يصح ذلك قياساً واستحساناً ، إذ الكفاة يبدل الكتابة لا تصح بإجماع الأئمة الأربعة ، أما لو كانت الكتابة واحدة تصح استحساناً عندنا ، ولا يصح قياساً ، وبه قالت الأئمة الثلاثة (وكل واحد منهما) أي من العبدان (كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه) .

ووجهه أن هذا العقد جائز استحساناً وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف عليه فيكون عتقهما معلقاً بأدائه ويجعل كفيلاً بالألف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى ، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ، ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة . قال ولو لم يؤدياً شيئاً حتى يعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبريء عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال لا ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط

(ووجهه أي وجه هذا المذكور (أن هذا العقد جائز استحساناً) لا قياساً لأنه باطل قياساً ، لأن الكفالة تبرع والمكاتب لا يملك التبرع (وطريقه) أي طريق جوازه استحساناً (أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقاً بأدائه (أي بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما إن أديت الألف فانت حر (ويجعل كفيلاً بالألف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب (أي في كتاب المكاتب (إن شاء الله تعالى . وإذا عرف ذلك (أي ما ذكره (فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما) في العلة وهي أن كل البديل مضمون على أحدهما بعقد الكتابة ، ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البديل .

(ولو رجع بالكل) أي بكل الألف الذي هو البديل (لا تتحقق المساواة) وكذا إذا لم يرجع بشيء (وإن لم^(١) يؤدياً شيئاً حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه (أي لمصادفته العتق المولى (وبريء عن النصف) أي وبريء العتق عن نصف البديل (لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط

(١) قال ولو لم يؤدياً - هامش .

ويبقى النصف على الآخر ، لأن المال في الحقيقة مقابل برقيتهما ، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان . وإذا جاء العتق عنه استغنى عنه فاعتبر مقابلاً برقيتهما ، فلم يذا يتنصف ، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة ، فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي ، لأنه مؤد عنه بأمره ، وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء ، لأنه أدى عن نفسه والله أعلم .

أى النصف (ويبقى النصف على الآخر) أى يبقى النصف الآخر على العبد الآخر (لأن المال في الحقيقة مقابل برقيتهما) حتى يكون موزعاً منقسماً عليهما (وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان) بأن يحمل كل البذل على كل واحد منهما بحكم الأصالة لا الكفالة ، فكان ضروريا لا يتعدى غير موضعهما .

(وإذا جاء العتق استغنى عنه) أى عن الاحتمال (فاعتبر مقابلاً برقيتهما فلم يذا يتنصف) وعورض بأنه إذا كان مقابلاً لهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر .

وأجيب بأن الرجوع بنصف ما أدى إنما هو للتحرز عن تفرق الصفة على المولى ، لأن المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص بريء بأدائه عن نصيبه وعتق ، لأن المكاتب إذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعاً ومعتقاً جميعاً ، فكان كالتخصيص إضرار للمولى بتفريق الصفقة فأوقعنا المؤدى عنهما جميعاً ، وإذا بقي النصف على الآخر .

(وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء) أى العبدين المكاتبين (المعتق) بفتح التاء ، أى يأخذ المعتق (بالكفالة وصاحبه بالأصالة ، فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لأنه مؤد عنه بأمره . وإن أخذ الآخر لم يرجع) أى الآخر (على

المعتق بشيء ، لأنه أدى عن نفسه والله أعلم) قال الأتزازي ولنا فيه نظر ، لأن مطالبة المولى المعتق بحكم الكفالة والكفالة ببذل الكفاية لا تجوز ، وإذا سقط النصف بالمعتق سقط مطالبة بالأصالة وبقي المطالبة بالكفالة وهي باطلة ، فينبغي أن لا يطالبه المعتق أصلاً ، انتهى . والجواب عنه أن الكفالة ببذل الكتابة ابتداء لا تجوز ، ولهذا جعلنا البذل على كل واحد منهما تصحيحاً للكتابة على هذا الوجه بقدر الإمكان ، أما بعد عتق أحدهما صار كفيلاً عن المعتق ببذل الكتابة بقاء ، فيجوز ذلك بقاء وإن لم يحز ابتداء والله أعلم .

* * *

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال ، لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة ، إلا أنه لا يطالب به لعسرتة أو جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به في الحال والكفيل غير معسر ، كما إذا كفل عن غائب أو مفلس ،

(باب كفالة العبد وعنه)

أى هذا باب في بيان كفالة العبد عن الآخر وكفالة الآخر عن العبد وآخر هذا الباب ، لأن الحر مقدم على العبد لشرفه .

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق) لا يجب عليه صفته لقوله مالا لا يجب جواب المسألة ، إذ هي جملة فعلية وقعت صفة للنكرة . وجواب المسألة هو قوله فهو حال ، صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال ، وهو معنى قوله (ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال) أى الضمان على الكفيل حال (لأن المال حال عليه) أى على العبد (لوجود السبب وقبول الذمة ، إلا أنه) أى أن العبد (لا يطالب به لعسرتة ، إذ جميع ما في يده لمولاه ولم يرض) أى المولى (بتعلقه به) أى بتعلق الدين بالعبد .

(والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب) فإن الكفيل يؤخذ به في الحال إن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل ، (أو مفلس) بتشديد اللام المفتوحة ، أى فصار أيضاً كما إذا كفل عن مفلس فإنه يؤخذ به في الحال .

بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق ، لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق ، فكذا الكفيل لقيامه مقامه . ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد وبرىء الكفيل لبراءة الأصيل ، كما إذا كان المكفول بنفسه حراً . قال فإن ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته ،

(بخلاف الدين المؤجل) حيث يؤخذ الكفيل به بعد الأجل (لأنه) أى لأن الدين (متأخر بمؤخر) بكسر الحاء المشددة ، أراد أن الدين المؤجل إذا كفل بواحد لا يطالب قبل حلول الأجل ، لأن الدين ثمة أخر بمؤخر وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه كذلك مؤجلاً (ثم إذا أدى) أى الكفيل عن العبد المكفول (رجع على العبد بعد العتق ، لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذلك الكفيل) لا يرجع عليه إلا بعد العتق (لقيامه مقامه) أى لقيام الكفيل مقام الطالب في المطالبة .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برىء الكفيل لبراءة الأصيل) لأنه كفل عن العبد بتسليم نفسه فسقط التسليم عن الأصيل بموته فيسقط عن الكفيل أيضاً ، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل (كما إذا كان المكفول بنفسه حراً) حيث يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل هنا أيضاً . والحاصل أن الكفالة بالنفس لا تفاوت بين ما إذا كان المكفول بنفسه حراً أو عبداً . وقال الكاكي وهذا الحكم لا يختلف إلا أنه ذكر العبد ما هنا ليبين المسألة الثانية عليها ويفرق بينهما .

(فإن ادعى رقبة العبد فكفل به) أى بالعبد (رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته) قبل إثبات ذلك بالبينة لأنه لو ثبت ملك المدعي بإقرار ذي اليد أو بنكوله عند التحليف وقد مات العبد في يد ذي اليد قضى بقيمة

لأن على المولى ردها على وجه تخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك
وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل بخلاف
الأولى . قال وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه
بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه . وقال زفر
‘رح‘ يرجع ،

العبد على المدعى عليه ولا يلزم على الكفيل شيء ، لأن إقراره غير حجة على الكفيل إلا
إذا أقر الكفيل بما أقر به الأصيل . وقال التمرناشي لا يصدق ذو اليد في موت العبد
ويحبس هو والكفيل ، فإن طال الحبس ضمناء القيمة ، وكذا الودبعة المبحودة (لأن
على المولى ردها) أى رد الرقبة على ذي اليد (على وجه تخلفها قيمتها) أى تخلف نفس
العبد قيمته نفس العبد عند المعجز عن ردها (وقد التزم الكفيل ذلك) لأن الكفالة تحمل
الضمان عن المغير (وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل) .

(فكذا على الكفيل) لأن ضمان القيمة وجب على الأصيل ووجب على الكفيل أيضاً
لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل وقد انتقل الضمان في حق الأصيل إلى القيمة فينتقل في
حق الكفيل أيضاً (بخلاف الأولى) أى المسألة الأولى حيث لم يجب الضمان على المولى
فلا يجب على الكفيل أيضاً . وفي بعض النسخ بخلاف الأول . قال الأكليل رحمه الله أى
بخلاف الضمان الأول ، لأن محل ما التزمه وهو العبد قد مات ويسقط عن العبد تسليم
نفسه فكذا عن كفيله .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره) قيد بالامرأه
كفالة العبد بغير إذن سيده لا يجوز بإجماع الفقهاء إلا عند الشافعي في وجهه ، وبإذن
سيده يجوز إلا في المأذون المستغرق بالدين لا تجوز الكفالة ، وبه قال مالك (فعتق
فأداه) أى المال المكفول به (بعد العتق) أى بعد أن أعتقه مولاه (ولم يرجع) جواب
المسألتين (واحد منهما) أى من المولى والعبد (على صاحبه . وقال زفر يرجع) أى كل
واحد منهما .

ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالاته بالمال على المولى إذا كان بأمره ، أما كفالاته عن العبد فتصح على كل حال له أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال . ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً ، وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفّل عن غيره بغير أمره فأجازه ، ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد لأنه دين ثبت مع المنافي

(ومعنى الوجه الأول) وهو كفالة العبد عن مولاه بأمره (أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالاته بالمال عن المولى إذا كان بأمره) وفي بعض النسخ أن يكون على العبد دين ، وهذا كان مصححاً بخط الثقات وهو الأصح ، لأنه لو كان على العبد دين مستغرق لم تصح كفالة لحق الغرماء ، وإن كان بإذن السيد (أما كفالاته) أى كفالة المولى (عن العبد فتصح على كل حال) يعني سواء كانت الكفالة بالمال أو بالنفس أو على العبد دين أولاً .

(له) أى لزفر ، وبه قال الشافعي (أنه) أى أن الشأن (يتحقق الموجب) بكسر الجيم (للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال) يعني امتناع الكفالة كان المانع الرق ، لأن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وقد زال المانع فيرجع .

(ولنا أنها) أى أن الكفالة (وقعت) حال كونها (غير موجبة للرجوع ، لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً) أى لا يستحق (وكذا العبد) لا يستوجب (على مولاه فلا تنقلب) أى الكفالة (موجبة أبداً كمن كفّل عن غيره بغير أمره فأجازه) أى الغير أجاز ذلك لا يرجع ، فكذا هذا .

(ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به) أى بمال الكتابة (أو عبد) أى الوعد تكفل به (لأنه دين) أى لأن مال الكتابة دين غير مستقر ، لأنه (ثبت مع المنافي)

فلا يظهر في حق صحة الكفالة ، ولأنه لو عجز نفسه سقط ولا
يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل وإثباته مطلقا ينافي
معنى الضم ،

وهو الرق (فلا يظهر) أى دين بدل الكتابة (في حق صحة الكفالة) وبه قال أكثر
أهل العلم . وعن أحد في رواية تصح لانه دين كسائر الديون ، والاصح عنده أيضاً لان
الكفالة به غير جائزة .

وفي النهاية التخصيص بمال الكتابة غير مفيد ، فإنه كما لا تجوز الكفالة بمال
الكتابة عن المكاتب للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى مال الكتابة على المكاتب
ذكره في المبسوط . ولو كان للمكاتب دين على مولاه ولم يكن ذلك الدين من جنس
الكفالة فكفل به رجل للمكاتب عن المولى صح ، لان الاصيل مطلوب بهذا المال مطلقاً
فتصح الكفالة .

أما العبد التاجر أدان مولاه ديناً ولا دين على العبد وأخذ منه كفيلاً بذلك فالكفالة
باطلة وإن كان العبد مديوناً صححت الكفالة ، لأن كسبه حق الغرماء فكان الدين واجباً
في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة ، والكفالة بالنفس مثل ذلك ، فإن العبد إن
كان لا دين عليه لا يصح ، وإن كان عليه دين صح .

(ولانه) دليل آخر على عدم استقرار مال الكتابة ، أي ولان المكاتب (لو عجز
نفسه سقط) أي بدل الكتابة (ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل) دليل
آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببديل الكتابة ، وبديل على هذا الوجه ، أي
إثبات عقد الكفالة مع سقوط بدل الكتابة بتمجيز النفس في ذمة الكفيل لا يمكن
(وإثباته مطلقاً) أي وإثبات دين الكتابة مطلقاً (ينافي معنى الضم) الذي هو
ركن الكفالة .

وفي المبسوط ولو أثبتناه مطلقاً على الكفيل كنا أوجبناه في ذمة الكفيل أكثر ما
هو واجب في ذمة الاصيل وهذا لا يجوز ، إذ يجب على الكفيل بالصفة التي تجب على الاصيل

لأن من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي
حنيفة رحمه الله ، لأنه كالمكاتب عنده .

تحقيقاً لمعنى الضم (لان من شرطه) أي من شرط الضم (الاتحاد) في صفة الواجب
بالكفالة تحقيقاً لمعنى الضم والمطلق غير المقيد .

(وبدل السعاية كمال الكتابة عند أبي حنيفة) يعني أن الكفالة ببدل الكتابة لا
تجوز فكذلك لا تجوز ببدل السعاية (لانه) أي لان المستسمى (كالمكاتب عنده) أي
عند أبي حنيفة في عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين والحدود وغيرها ، لكن على اعتبار
النكته الاولى وهو قوله لانه ثبت مع المنافي ... إلى آخره لا على اعتبار النكته الثانية ،
لان المستسمى لا يسقط عنه بدل السعاية بتعجيز النفس ، والله أعلم .

★ ★ ★

كتاب الحوالة

(مكتاب الحوالة)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الحوالة . وجه المناسبة بين الحوالة والكفالة ظاهرة لما في كل منهما التزام ما على الاصيل ، ولهذا يجوز استعارة إحداهما للأخرى ، حتى كانت الحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة ، والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة اعتباراً للمعنى . وأما وجه تأخير الحوالة لانها مبرئة عندنا ، والكفالة غير مبرئة والاصل عدم البراءة بعد ثبوت المطالبة والحوالة في اللغة النقل .

وفي المغرب أصل تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ، ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل إلى محل يقال أحلت زيداً بما على رجل فاحتال ، أى قبل الحوالة ، وهنا أربعة أشياء ، المحيل وهو الذي عليه الدين ، والمحتال له وهو الدائن . والمحتال عليه وهو الذي قبل الحوالة . والمحتال به وهو المال . وأصل محتال محتول بكسر الواو في الفاعل وبفتحة في المفعول ، وهي في اصطلاح الفقهاء تحول الدين من ذمة الاصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به .

واختلف المتأخرون من مشايخنا أن الحوالة توجب البراءة عن الدين والمطالبة جميعاً ، أو عن المطالبة دون الدين . فقال بعضهم عن المطالبة والدين جميعاً ، حتى أن المحتال له لو أبرأ المحتال عليه عن دين الحوالة أو وهب منه صح .

ولو أبرأ المحيل أو وهب منه لم يصح ، ولو بقي الدين على المحيل صح . وقال بعضهم توجب البراءة عن المطالبة دون الدين ، حتى أن المحتال له متى أبرأ المحتال عليه عن الدين فالحتمال عليه لا يرجع على المحيل بشيء وإن كانت الحوالة بأمر المحيل . ولو وهب الدين من المحتال عليه رجع إن لم يكن للمحيل عليه دين كالجواب في الكفيل .

قال وهي جائزة بالديون، قال عليه السلام من أحيل على مليء فليتبّع .
ولأنه التزام ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة ، وإنما اختص
بالديون لأنها تنبئ عن النقل والتحويل ، والتحويل في الدين
لا في العين .

وكذا لو أبرأ المحتال عليه لا يرتد برده ، ولو وهب يرتد برده كالجواب في الكفيل .
ولو كان المحتول إلى المحتال عليه المطالبة والدين جميعاً كان الإبراء والهبة في حقه سواء
فيرتد برده كما في حق الأصيل . ولو وكل المحتال له المحيل بقبض ما على المحتال عليه لا
يصح ، ولو لم يكن عليه الدين صح .

(قال وهي) أي الحوالة (جائزة بالديون) لأنها مأخوذة من التحويل وتحويل الدين
من ذمة إلى ذمة ممكن ، فأما الأعيان فألحق المتعلق بها التسليم وذلك لا يكون تحويله إلى
غيره ، فلماذا لم تصح الكفالة فيها (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (من أحيل على مليء
فليتبّع) الحديث رواه أحمد في مسنده عن سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة
رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ مطل الغني ظلم ، ومن أحيل على مليء فليحتل .
ورواه البخاري ومسلم عن أبي الزناد به بلفظ وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبّع .
وبلفظ المصنف رواه الطبراني في معجمه الوسيط مع زيادة في أوله عن محمد بن عجلان عن
أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ مطل الغني ظلم ، ومن
أحيل على مليء فليتبّع . وكذلك رواه الترمذي ومعناه إذا أحيل أحدكم على مليء
فليحتل ، كذا فسرهُ الترمذي .

(ولأنه) أي ولأن المحتال عليه (التزم ما يقدر على تسليمه) أي على إيفاء ما التزمه
(فتصح كالكفالة) لأن كل واحد منهما التزام بما على الأصيل فيصح دفعاً للحاجة (وإنما
اختص) أي عقد الحوالة أو الحوالة باعتبار التحويل (بالديون لأنها) أي لأن الحوالة
(تنبئ عن النقل والتحويل ، والتحويل) الشرعي (في الدين لا في العين) في التحويل
في العين الحسي .

قال وتصح الحوالة برضاء المحيل والمحتال والمحتال عليه . أما
المحتال فلأن الدين حقه والذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من
رضاء ، وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه .
وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاء ، ذكره في الزيادات لأن التزام
الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه
لأنه لا يرجع عليه

(قال) أي القدوري رحمه الله (وتصح الحوالة برضاء المحيل والمحتال والمحتال
عليه . أما المحتال) وهو الدائن (فلأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها) أي الدين الذي
ينتقل بالحوالة (والذمم متفاوتة) في المطالبة (فلا بد من رضاء) أي رضى المحتال له .
ولا خلاف في اشتراط رضاء لأهل العلم .

(وأما المحتال عليه) أي وأما رضى المحتال عليه (فلأنه يلزم الدين ولا لزوم بدون
التزامه) وبه قال الشافعي في وجه . وقيل انه منصوص في الإمام ، وأصحهما عنده أنه
لا حاجة إلى رضاء إذا كان عليه دين للمحيل ، وبه قال مالك وأحمد ، لأنه محل التصرف
فلا يشترط رضاء ، كما لو باع عبداً لا يشترط رضى المبد . وأما إذا لم يكن للمحيل عليه
دين فيشترط رضاء بالإجماع .

(وأما المحيل) أي المديون (فالحوالة تصح بدون رضاء ، ذكره في الزيادات)
والقدوري شرط رضاء كما نقل المصنف عنه بقوله ويصح برضى المحيل والمحتال
والمحتال عليه قيد بشرط رضى الثلاثة . قال الأكل عسى يطل القدوري بأن ذوي
المروءات قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضام . ثم قال ولعل
موضوع ما ذكر أن يكون المحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة ، فإنها
حينئذ تكون إسقاط مطالبة المحيل على المحتال عليه فلا تصح إلا برضاء (لأن التزام
الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو) أي المحيل وهو المديون (لا يتضرره)
أي يتصرف المحتال عليه في حق نفسه (بل فيه نفعه) أي نفع المحيل (لأنه لا يرجع عليه

إذا لم يكن بأمره . قال وإذا تمت الحوالة برىء المحيل من الدين بالقبول
وقال زفر رحمة الله عليه لا يبرأ اعتباراً بالكفالة ، إذ كل واحد منهما
عقد توثق . ولنا أن الحوالة النقل لغة ، ومنه حوالة الغراس ، والدين
متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها ، أما الكفالة فللضم والأحكام
الشرعية على وفاق المعاني اللغوية ،

إذا لم يكن بأمره) هذا فائدة عدم اشتراط رضى المحيل انه إذا كان له عليه دين لا يرجع
المحتال عليه بما أدى بل يتقاصان .

(قال) أى القدورى (وإذا تمت الحوالة) بقبول المحتال له والمحتال عليه والمحيل
(برىء المحيل من الدين بالقبول) ولا يرجع الطالب بالدين عليه أبداً إلا بالنوى ، وهذا
عند عامة الفقهاء . وعن الحسن أنه لا يرى الحوالة براءة ، إلا أن يبرئه (وقال زفر لا
يبرأ اعتباراً بالكفالة إذ كل واحد منها عقد توثق) أي لأن كل واحد من الحوالة
والكفالة عقد توثق بحق الكفالة .

(ولنا أن الحوالة النقل لغة) أى معناها من حيث اللغة بدل كما مر ، والكفالة
الضم لغة وتختص كل اسم بموجب معنى ذلك الاسم (ومنه حوالة الغراس) جمع غرس
بالفتح . وفي العباب الغرس الشجر الذي يغرس ، والجمع غراس وإغراس (والدين متى
انتقل عن الذمة لا يبقى فيها) أي في الذمة وتبقى الذمة الأولى فارغة ، لأنك إذا حولت
الشيء من موضع إلى موضع بقي مكان الأول فارغاً لا محالة .

(أما الكفالة فللضم) لأنها مشتقة من الكفل وهو ضم الشيء إلى الشيء ، وضم الشيء
إلى الشيء لا يوجب فراغ الأول إلا أن يكون بشرط براءة الأصيل فتصير حوالة ، لأنها
في معنى الحوالة (والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية) يعنى أن العمل بمعاني
اللغات واجب في الأحكام الشرعية ، فلما كان كذلك قلنا إن الكفالة هي الضم لغة وهو
لا يقتضي البراءة والحوالة والنقل ، وهو يقتضي البراءة . واعترض بالحوالة بغير أمر
المحيل ، فإنها حوالة صحيحة كما مر ولا نقل فيها ولا تحويل ، وهذا نقض إجمالي .

والتوثق باختيار الإملاء والأحسن في القضاء ، وإنما يجبر على القبول
إذا فقد المحيل ، لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن متبرعاً
قال ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه . وقال الشافعي
« رح ، لا يرجع وإن توى ،

والجواب انا لا نسلم أن لا نقل فيها ، فإنه بعداد الدين فظاهر المتحقق ، ولهذا لا تبقي
على المحيل شيء .

(والتوثق) جواب عن قول زفر أن الحوالة ليست مبرئة لأنها للتوثق . وتقرير
الجواب أن معنى التوثق ليس كما ذكره ، بل معناه (باختيار الإملاء) أى الأقدر على
الإيفاء (والأحسن في القضاء) حتى لا يماطل في قضاء الدين ويؤديه أجزز^(١) وأرجح مما
كان ، وهذا لا يدل على أن الحوالة ليست بمبرئة (وإنما يجبر على القبول) هذا جواب عن
سؤال مقدر ، وهو أن في الحوالة لو كانت نقل كما أخبر الطالب المحيل إذا نقد المحيل
لأنه حينئذ يكون متبرعاً في قضاء الدين ، والمتبرع لو قضى دين غيره لا يجبر الدائن
على القبول .

وتقرير الجواب أن يقال إنما يجبر المحتال له على القبول (إذا فقد المحيل ، لأنه يحتمل
عود المطالبة إليه) أى إلى الدائن (بالتوى) وسيجيء معناه عن قريب ، لأنه إنما ينتقل
إلى ذمة أخرى بشرط السلامة ، فإذا توى يرجع (فلم يكن) أى المحيل (متبرعاً) يعني
في القضاء .

(قال) أى القدوري (ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه) هذا عطف
على قوله برىء المحيل ، يعني إذا تمت الحوالة بالقبول برى المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل
بشيء إلا أن يتوى حقه على ما يأتي في معنى التوى (وقال الشافعي « رح ، لا يرجع وإن
توى) بموت أو إفلاس أو بغير ذلك ، وبه قال أحمد والليث وأبو عبيد
وابن المنذر .

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل .

لأن البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود إلا بسبب جديد . ولنا أنها
مقيدة بسلامة حقه له إذ هو المقصود أو تفسخ الحوالة لفواته لأنه
قابل للفسخ ، فصار كوصف السلامة في المبيع . قال والتوى عند
أبي حنيفة « رح » أحد الأمرين وهو إما أن يحدد الحوالة ويحلف
ولا بينة له عليه أو يموت مفلساً

وعن أحمد إذا كان المحتال عليه مفلساً ولم يعلم المطالب بذلك فله الرجوع إلا أن
يرضى به بعد العلم ، وبه قال مالك (لأن البراءة قد حصلت مطلقة) أى لأن البراءة
للمحيل قد حصلت مطلقة عن قيد الرجوع على المحيل عند التوى (فلا يعود إلا بسبب
جديد) كما في الإبراء . وقال تاج الشريعة قوله إلا بسبب جديد وذلك أن يحيل المحتال
عليه المحتال على المحيل .

(ولنا أنها) أى البراءة (مقيدة بسلامة حقه له) يعني أنها مقيدة بشرط السلامة ،
يعني وإن كانت مطلقة لفظاً بدلالة الحال (إذ هو المقصود) أى وصول الحق إلى المحتال
له سالماً هو المقصود من الحوالة (أو تفسخ الحوالة لفواته) أى لفوات المقصود (لأنه)
أى لأن عقد الحوالة (قابل للفسخ) لأنها لو تفسخا عقد الحوالة يفسخ ولو لم يكن قابلاً
للفسخ لما انفسخ (فصار كوصف السلامة في المبيع) يعني أن المشتري إذا وجد بالمبيع
عيباً رجع بنقصان العيب وإن لم يشترط الرجوع فكذلك ما هنا لما حصل التوى ،
فإن المقصود وهو سلامة الحق في البيع لأنه سلامة المبيع فيرجع بالدين على المحيل .

(قال) أى القدوري (والتوى عند أبي حنيفة رضي الله عنه أحد الأمرين ، وهو
إما أن يحيد) أى المحتال عليه (الحوالة ويحلف ولا بينة له) أى للمحتال له (عليه)
أى على المحتال عليه (أو يموت) أى المحتال عليه حال كونه (مفلساً) ولم يترك كفيلاً على
نفسه للمحتال عليه ولا مالاً معيناً ولا ديناً . وفي الطلبة يقال أفلس أى صار أفلس بعد
أن كان صاحب دراهم أو دنانير ، فاستعمل مكان افتقر ، وقلسه القاضي أي

لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة
وقالاً هذان الوجهان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال
حياته ، وهذا بناء على أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافاً
لهما ، لأن المال غاد ورائح . قال وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال
الحوالة فقال المحيل أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله إلا بحجة ، وكان
عليه مثل الدين ، لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره ، إلا

قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله (لأن المعجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منها) أى
من الوجهين المذكورين (وهو التوى في الحقيقة) أى هذا المذكور هو التوى ، وهو من
توى الشيء يتوى توى إذا تلف مقصور غير مهموز ، وهو توى وقاء ، كذا في الجمهرة
لابن دريد .

(وقالوا) أى أبو يوسف ومحمد (هذان الوجهان) أى التوى (ووجه ثالث وهو أن
يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته) بالشهود (وهذا الاختلاف) بين أبي حنيفة وصاحبيه
(بناء أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده) أى عند أبي حنيفة (خلافاً لهما) فإن
عندهما يتحقق بحكم القاضي ، وبه قالت الأئمة الثلاثة « رج » حتى يعتبر في حق إخراج
من السجن ، وكذا في حق غيره (لأن مال الله تعالى غاد ورائح) هذا دليل أبي حنيفة .
وفي المبسوط قد يصبح الرجل فقيراً ويمسي غنياً بأن مات قريب له وترك مالا كثيراً ميراثاً
ولا يعلم به . قوله غاد فاعل من غدا يفدو غدواً ، والغدو يقبض الرواح فاعل لإعلال
قاض . ورائح من راح يروح رواحاً وهو نقيض الغدو ، وصح من زوال الشمس
إلى الليل .

(قال) أي القدوري (وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل
أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله إلا بحجة ، وكان عليه) أى على المحيل (مثل الدين ،
لأن سبب الرجوع) وهو قضاء الدين بالأمر كما يقول المصنف (قد تحقق فهو) أى سبب
الرجوع (قضاء دينه) أي دين المحيل (بأمره) أي بأمر المحيل (إلا أن المحيل بدعي

أن المحيل يدعي عليه ديناً وهو منكر والقول للمنكر ، ولا تكون
الحوالة إقراراً منه بالدين عليه لأنها قد تكون بدونه . قال وإذا
طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لي ، وقال
المحتال لا بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل ، لأن
المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة
فيكون القول قوله مع يمينه . قال ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال
بها عليه آخر فهو جائز

ديناً عليه وهو منكر ، والقول للمنكر (لأن الفراغ أصل في الذمم ، والمحيل متمسك
بالأصل والطالب يدعي العارض ، فكان اعتبار الأصل أولاً ، وبه قال الشافعي في وجه
القول للطالب ، وبه قال أحمد في الصحيح عنه .

(ولا تكون الحوالة) جواب عما يقال لم لا يجوز أن تكون الحوالة (إقراراً منه
بالدين عليه) وتقرير الجواب أن يقال أن الحوالة لا تكون إقراراً منه بالدين (لأنها)
أي لأن الحوالة (قد تكون بدونه) أي بدون الدين من المحال عليه فيجوز
انفكاكها عنه .

(قال) أي القدوري (وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك
لتقبضه لي ، وقال المحتال لا بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل ، لأن
المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ، ولفظة الحوالة) جواب عما يقال الحوالة حقيقة في
نقل الدين ، ودعوى المحيل أنه أحاله ليتقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل . فأجاب بقوله
ولفظ الحوالة (مستعملة في الوكالة) يعني مجازاً لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل
إلى الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظة ذلك فيصدق (فيكون القول قوله مع
يمينه) لأن في ذلك نوع مخالفة للظاهر .

(ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها) أي بالألف (عليه آخر) أي على المودع
شخصاً آخر (فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد بن يعقوب

لأنه أقدر على القضاء وإن هلك براءة لتقيدها بها ، فإنه ما التزم
الأداء إلا منها ، بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغضوب ، لأن الفوات
إلى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً ،

عن أبي حنيفة في رجل أودع رجلاً ألف درهم ولرجل على المودع ألف درهم فأحال
المودع الذي له الألف بألفه على المستودع بالألف الذي عنده قال جائز وهو ضامن (لأنه
أقدر على القضاء) دليل الجواز ، أي لأن المودع يفتح الدال وهو المحتال عليه أقدر على
قضاء مال الحوالة من الوديعة (فإن هلك) أي الألف الوديعة (براءة) أي المودع وهو
المحتال عليه (لتقيدها بها) أي لتقيدها بالحوالة بالألف الوديعة (فإنه ما التزم الأداء إلا منها)
أي من الألف الوديعة وذلك كالزكاة المتعلقة بنصاب معين تسقط بهلاك ذلك
النصاب المعين .

(بخلاف ما إذا كانت) أي الحوالة (مقيدة بالمغضوب) المعين حيث لا تبطل
بهلاكه بل تبقى الحوالة متعلقة بمثله أو بقيمته ، إذ هلك المغضوب في يد الغاصب يوجب
المثل أو القيمة ، فصار كلا فوات ، أشار إليه بقوله (لأن الفوات إلى خلف) وهو
القيمة (كلا فوات) فكان باقياً حكماً ، وقيد الحوالة بالمغضوب بيان لجواز الحوالة بالمعين
المغضوب ، وإنها إذا هلك لا يبرأ الغاصب ، لأن المغضوب إذا هلك وجب على الغاصب
بمثله إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان قيمياً .

(وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً) يعني أن الحوالة المقيدة كما تكون بالمعين
كالوديعة والغصب ، تكون مقيدة بالدين أيضاً ، مثل ثمن المبيع . وفي الكافي الأصل أن
الحوالة نوعان ، مقيدة بدين على المحتال عليه أو بعين في يده بغصب أو بوديعة أو غير
ذلك ، ومطلقة وهو أن لا يقيدها المحيل بالدين الذي على المحتال عليه ولا بالعين الذي في
يده أو يحيله على رجل ليس عليه دين ولا في يده عين فالحوالة المقيدة كما تبطل بموت
المحتال عليه مفلساً ، تبطل بفوات ما قيد به الحوالة إذا كان الفوات لا إلى
خلف ، وأما إذا كان الفوات إلى خلف فلا تبطل الحوالة ، لأن الحوالة إلى خلف
كلا فوات .

وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه ،
لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وإن كان أسوة للفرماء
بعد موت المحيل ، وهذا لأنه لو بقيت له مطالبة به فيأخذه منه
لبطلت الحوالة وهي حق المحتال ، بخلاف المطلقة لأنه لا تعلق
لحقه به ، بل بذمته

(وحكم المقيدة في هذه الجملة) يعني حكم الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصباً
أو بالعين (أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به حق المحتال) حتى إذا
دفع المحتال عليه ذلك إلى المحيل ضمن (على مثال الرهن) لما تعلق به حق المرتهن لم
يكن للراهن مطالبة الرهن قبل أداء الدين .

(وإن كان) أي المحتال (أسوة للفرماء بعد موت المحيل) كلمة إن واصلة بما قبلها ،
وهذا إشارة إلى حكم آخر به يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعدما اتفقا في عدم بقاء حق
الأخذ للمحيل والراهن ، وهو أن الحوالة إذا كانت مقيدة بالعين أو بالدين وعلى المحيل
فيون كثيرة ومات ولم يترك شيئاً سوى العين التي له بيد المحتال عليه أو الدين الذي عليه
فالمحتال عليه أسوة للفرماء بعد موته خلافاً لفرء . وأما المرتهن فإنه هلك الرهن يبدأ
وحسباً فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن
يشاركه فيه .

(وهذا) إشارة إلى قوله أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه وقد قررناه (لأنه)
أي لأن الشأن (لو بقيت له) أي للمحيل (مطالبة به) أي مطالبة المحتال عليه
(فيأخذه منه) أي من المحتال عليه (لبطلت الحوالة وهي) أي الحوالة وفي بعض النسخ
وهو بالتذكير على تأويل عقد الحوالة (حق المحتال) أي الطالب (بخلاف المطلقة) أي
الحوالة المطلقة ، أي غير المقيدة بالعين أو الدين (لانه) أي لأن الشأن (لا تعلق لحقه
به) أي بحق المحتال بذلك العين أو الدين (بل) يتعلق (بذمته) أي بذمة المحتال
عليه . وفي الذمة سعة فيجب عليه أداء دين المحيل من مال نفسه وللمحيل أن يأخذ دينه

فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو ما عنده . قال ويكره السفاتج ،
وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق ، وهذا نوع نفع
استفيد به وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعا .

ووديعته وغصبه منه ولا تبطل الحوالة بأخذه ، وهو معنى قوله (فلا تبطل الحوالة
بأخذ ما عليه) أي من الدين أو الغصب (أو ما عنده) أي أو يأخذ عينه الذي عنده ،
أي عنده من الوديعة ، ويحتمل أن يراد بما عليه الدين خاصة ، ويقول عنده أي عنده من
العين سواء كان وديعة أو غصباً .

(قال) أي القدوري (ويكره السفاتج) وهو جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء
تمريب سفته بمعنى الحكم ، وسمى هذا القرض به لإحكام أمره . وقال في الفتاوى
الصغرى السفتج إن كان مشروطاً في القرض فهو حرام ، والقرض بهذا الشرط فاسد ،
وإن لم يكن مشروطاً جاز (وهي) أي السفاتج ذكر الضمير باعتبار الخبر ، وهو قوله
(قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) صورته أن يدفع إلى تاجر عشرة دراهم
قرضاً ليدفعه إلى صديقه في بلد آخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق . وقيل هو أن
يقرض إنساناً مالا ليقبضه المستقرض في بلد يريده المقرض ، وإنما يدفعه على سبيل (١) على
سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق .

(وهذا نوع نفع يستفيد به) أي بالقرض (وقد نهى عنه الرسول ﷺ عن قرض
جر نفعا) وقد نهى النبي ﷺ عن قرض جر نفعا ، والحديث رواه علي رضي الله عنه ،
ولفظه قال رسول الله ﷺ كل قرض جر نفعا فهو ربا . أخرجه الحارث بن أبي أسامة في
مسنده وفي سننه سوار بن مصعب ، قال عبد الحق في أحكامه بعد أن أخرجه
هو متروك .

وروي عن جابر بن سمرة أنه قال ، قال رسول الله ﷺ السفاتج حرام ، أخرجه
ابن عدي في الكامل وأعله بعمربن موسى بن ضحية وضعفه عن البخاري والنسائي وابن

(١) ربما هنا كلام ساقط سهواً من الناسخ ، اهـ مصححه .

معين ووافقهم وقال انه في عداد من يضع الحديث . وقال الأترابي مع دعاويه المريضة
والاصل فيه أن النبي ﷺ نهى عن فرض جر نفعا وسكت عنه ، وكذا قاله الاكمل
وسكت عنه مع أنه كان في ديار الحديث وكتبه المتنوعة والله أعلم .

تمّ الجزء السابع من البناء في شرح الهداية
ويليه الجزء الثامن مبتدئا بكتاب أدب القاضي

صفحة	صفحة
٩٤ من شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار .	٣ ﴿ كتاب البيوع ﴾
٩٧ في المعان التي ينفذ بها العقد .	٨ فيما ينعقد به البيع .
٩٩ الخلاف في انتقال الخيار إرثاً .	١٤ إذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالثاني بالخيار .
١١٣ فيما إذا كان المبيع على غير ما اتفقا عليه .	٢٤ الكلام في حديث البيعان بالخيار .
١١٦ (باب خيار الرؤية)	٣٠ جواز البيع بثمن حال ومؤجل .
١٢٠ من باع ما لم يره فلا خيار له .	٣١ الكلام فيما إذا أطلق الثمن في البيع .
١٢٤ من نظر إلى ظاهر المبيع وكفلها فلا خيار له .	٣٤ جواز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة .
١٢٩ الخلاف في نظر الرسول هل يكون كنظر المشتري .	٣٨ الخلاف فيمن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم .
١٣٢ في خيار الأعمى .	٤٣ فيما إذا اختل وصف من أوصاف المبيع بزيادة أو نقصان .
١٣٧ (باب خيار العيب)	٥٤ فصل فيما يدخل تحت البيع من غير ذكره وما لا يدخل
١٥١ ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب .	٦٠ من باع ثمرة لم يبد صلاحها .
١٥٩ ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً ... فكسره فوجده فاسداً .	٦٩ ما يدخل في بيع الدار .
١٧١ من اشترى جارية وتقابضاً فوجد بها عيباً .	٧١ الحكم فيمن باع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن .
١٧٨ من اشترى عبداً قد سرق .	٧٤ (باب خيار الشرط)
١٨٣ من باع عبداً وشرط البراءة من كل عيب .	٧٤ الخلاف في مدة الخيار .
١٨٨ (باب البيع الفاسد)	٨٨ في شراء الرجل امرأته على أنه بالخيار .

صفحة	
٢٧٧	فصل فيما يكره
٢٧٩	بيع الحاضر للبادي .
٢٨٠	البيع عند أذان الجمعة .
٢٨٣	الخلاف في بيع أحد المملوكين
	الصغيرين أحدهما ذو رحم محرم .
٢٩١	(باب الإقالة)
٢٩٨	ما يكون به منع صحة الإقالة .
٣٠٠	(باب المراجعة والتولية)
٣١٤	من اشترى جارية فأعورت أو
	وطئها وهي ثيب .
٣٢١	فصل
٣٢٣	الغرر المنهي عنه .
٣٢٩	حكم التصرف في الثمن قبل القبض .
٣٣٤	ومن باع بثمر حال ثم أجله أجلا
	معلوماً .
٣٣٨	(باب الربا)
٣٤٥	الكلام في الرويات أو شبهة الربا .
٣٦١	الكلام في بيع البيضة بالبيضتين .
٣٦٤	بيع الحنطة بالدقيق أو بالسويق .
٣٦٩	الخلاف في بيع الرطب بالتمر .
٣٧٥	بيع البسر بالتمر وبيع الزيتون
	بالزيت .
٣٧٧	الخلاف في بيع القطن بقرله .
٣٧٨	الخلاف في بيع اللحمان المختلف
	أجناسها .

صفحة	
١٩٣	قال وبيع أم الولد والمدير
	والمكاتب فاسد .
١٩٨	في بيع الطير في الهواء .
٢٠٤	بيع المزابنة والمحاقلة .
٢٠٩	بيع العرية .
٢١٠	بيع الملامسة والمنابذة .
٢١٢	ولا يجوز بيع المراعي ولا
	إجارتها .
٢١٤	ولا يجوز بيع النحل .
٢١٥	بيع دود القز والخلاف فيه .
٢٢١	بيع شعر الإنسان والانتفاع به .
٢٢٥	بيع الطريق وهبته .
٢٣٥	في شراء الزيت والسمن .
٢٣٨	من باع عبداً على أن يعتقه المشتري
	فالببيع فاسد .
٢٤٥	من باع عبداً على أن يسلمه إلى
	رأس الشهر فالببيع فاسد .
٢٤٨	ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه
	البائع ويخيط قميصاً أو قباء
	فالببيع فاسد .
٢٥١	ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج
	والحصاد والدياس .
٢٥٩	فصل في أحكامه
٢٦٥	في فسخ البيع الفاسد .

صفحة	
٥١٨	الكلام فيمن باع احد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار .
٥٢١	ثبوت الفسخ .
٥٢٤	في الأموال المغشوشة .
٥٣٦	﴿ كتاب الكفالة ﴾
٥٣٨	فيما تتعقد به الكفالة .
٥٤٢	الخلاف في الكفالة بالنفس .
٥٤٨	الخلاف في حكم الكفالة بالنفس
٥٥٧	حكم الكفالة بالنفس .
٥٦٧	قال وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه .
٥٧٣	ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط .
٥٧٧	الخلاف في شرطية قبول المكفول له في المجلس .
٥٩٥	فيمن باع داراً وكفل رجلاً عنه بالدرك .
٥٩٧	فصل في الضمان
٦٠٧	(باب كفالة الرجلين)
٦١٠	إذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع .
٦١٥	(باب كفالة العبد وعنه)

صفحة	
٣٨٤	الخلاف في الربا بين المسلم والحربي .
٣٨٦	(باب الحقوق)
٣٩٢	(باب الاستحقاق)
٣٩٣	في شراء العبد وهو حر .
٣٩٩	(فصل في بيع الفضولي)
٤٠٣	نفاذ البيع بإجازة المشتري له .
٤١٦	من باع عبد غيره بغير أمره .
٤١٩	(باب السلم)
٤٢٣	الخلاف في جواز بيع السلم بالمكيلات والموزونات .
٤٢٧	فيما لا يجوز به السلم والخلاف فيه .
٤٣٧	الخلاف في السلم حالاً أو مؤجلاً .
٤٤٣	في شرطية معرفة مقدار رأس المال .
٤٥١	في شرطية قبض رأس المال قبل المفارقة .
٤٥٢	خيار الشرط في السلم .
٤٦٩	لمن القول عند إنكار أحد المتعاقدين
٤٧٥	وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه .
٤٨٢	مسائل منثورة .
٥٠١	﴿ كتاب الصرف ﴾
٥٠٣	شرط قبض العوضين قبل الإفتراق .
٥٠٧	في التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه .

صفحة	صفحة
٦٣١ كراهة السفاتج .	٦١٨ هل تجوز الكفالة بمال الكتابة .
٦٣٣ الفهرس .	٦٢١ ﴿ كتاب الحوالة ﴾